J. rom. m.
460 h

J. rom. M.
460 k

Schliemann

Die Haftung des Cedenten.

Ein Beitrag

zur

Lehre von der Cession.

Eine

von der Rostocker juristischen Facultät

gekrönte Preisschrift

von

Adolph Schliemann,

Licentiaten der Theologie, Candidaten der Rechte.

R

Rostock 1848.

In Commission der Stillerschen Hof-Buchhandlung.

189. B.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Seinem

hochverehrten Lehrer,

dem

Herrn Professor Dr. Wunderlich

in

größter Hochachtung

gewidmet

vom

Verfasser.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Der Verfasser fühlt sich statt einer Vorrede nur zu der Bemerkung veranlaßt, daß er eine längere Ausführung über ein paar Punkte, welche hier nur so weit erörtert werden konnten, als es für die Frage nach der Haftung des Cedenten nothwendig war, in besondern Abhandlungen beabsichtigt, über die datio in solutum und die juristische Bedeutung des Irrthums, und daß es ihm aus diesem Grunde erwünscht sein würde, wenn bei etwaigen Beurtheilungen die betreffenden Erörterungen eine besondere Berücksichtigung fänden.

§. 1.

Geschichtliche Entwickelung der bisherigen Untersuchungen über die Haftungspflicht des Cedenten.

Die Frage nach der Haftung des Cedenten gegenüber dem Cessionar, wenn derselbe vom Debitor cessus nichts oder nicht den ganzen Betrag der cedirten Forderung erhalten kann, ist seit dem Anfang des 14. Jahrhunderts bis auf den heutigen Tag vielfach Gegenstand der juristischen Forschung gewesen. Die Glossatoren begnügen sich noch, die betreffenden Stellen der römischen Juristen, welche jene Frage nur in Beziehung auf den speciellen Fall entscheiden, wo der Cession ein Kaufcontract einer bestimmten Forderung[1]) unterliegt, fast wörtlich zu wiederholen[2]). Aber schon die Commentatoren des 14. Jahrhunderts gehn auf die Haftungspflicht des Cedenten vielseitiger ein. Gleich jetzt wird zwar eine Menge verschiedener Ansichten im Einzelnen bemerkbar, die ihren Grund hauptsächlich in den mannigfachen verkehrten Distinctionen der Cession hat, an denen diese Zeit so überreich ist[3]); als Regel stellen die Meisten hin: Der Cedent haftet nur de veritate, nicht de

---

1) Im Gegensatz zum Kaufcontract über eine Forderung (von bestimmter Größe) in genere. Vergl. §. 3.

2) Vgl. die Glosse zu L. 4. u. 5. D. 18,4 L. 74. §. 3. D. 21,2 L. 96. §. 2. D. 46,3.

3) Zwischen cedere und mandare actiones, zwischen den Fällen, in quibus cessio nominis ficta sit, an vero mandatae actiones, zwischen einer simplex cessio und einer cessio aestimata u. s. w. Vgl. theilweise Mühlenbruch Cession. S. 209 ff.

bonitate nominis [4]). Wie verbreitet diese Ansicht war, geht am deutlichsten aus dem vetus Pragmaticorum dictum hervor, dessen Baldus gedenkt: Cedens non tenetur facere bonum nomen. — Auch während des 16. und 17. Jahrhunderts ist der Standpunkt der Untersuchung im Ganzen derselbe. Brauchbares ist gar wenig zu Tage gefördert, die beiden Männer, von denen am ehesten eine gründliche Beantwortung unserer Frage zu erwarten stand, Cujacius und Donellus, beobachten gerade hierüber ein tiefes Schweigen [5]). Der Satz: der Cedent haftet in der Regel nur für die Wahrheit der cedirten Forderung, gelangte jetzt zu einer um so allgemeineren Geltung, als jene verkehrten Distinctionen der Cession zwischen mandare und cedere actionem u. s. w. ihren Einfluß auf die Bestimmung der Haftungspflicht jetzt fast gänzlich verloren [6]).

---

4) Ueber die Ansichten der Commentatoren, eines Bartolus de Saxoferrato, Baldus de Ubaldis, Paulus de Castro vgl. Pistor observationes singulares. Lipsiae et Francofurti 1679. obs. XII. pag. 158 sqq. — Joh. v. Sanda tractatus de actionum cessione in der Ausgabe seiner Werke Coloniae Agrippinae vom Jahre 1698. (fol.) pag. 1—16 p. 28 sqq., A. Faber's Conjecturae in der Ausgabe Coloniae 1630. pag. 425 sqq., Joh. v. Costa in der Ausgabe seiner Werke Venetiis 1671. tom. I. pag. 437 sqq., Frantzkius commentarius in Pandectas, Francofurti et Lipsiae 1678, pag. 739 sqq. — Aus dem Letzteren habe ich auch die gleichfolgende Bemerkung über Baldus.

5) Cujacius handelt an mehreren Stellen seiner Werke, aber immer nur beiläufig, von der Cession; die Haftung des Cedenten dem Cessionar gegenüber bespricht er in seinem commentarius in libr. XXXIII Pauli ad edictum (opp. posthum. tom. II. Lutetiae Paris. 1658, p. 539 nach der Ausgabe von Fabrotus), aber nur in dem einen Fall, wo die causa der Cession ein Kaufcontract einer bestimmten Forderung ist. Dagegen erörtert Donellus an zwei Stellen, tom. VIII. pgg. 674—682, besonders tom. IV. pag. 449—470 nach der Ausgabe seiner Werke Maceratae 1830 ausführlich die Lehre von der Cession, sagt aber über die Haftung des Cedenten kein Wort.

6) Jenen Satz mit bald mehr, bald weniger Ausnahmen stellen auf Joh. v. Sanda, Joh. v. Costa, (über beide s. Anm. 4), Arn. Vinnius selectarum juris quaestionum lib. II, hinter dem zweiten Theil seines Commentars zu den Institutionen nach der Ausgabe von Heineccius tom. II. Lugduni 1777 pag. 121. — Bened. Carpzow jurisprudentia forensis in der Ausgabe Lipsiae 1721, part. II, const. 34, def. 26 u. 27, pag. 564. — Wissenbach exercitationes ad Pandectas tom. I, Franequerae 1658,

Einen neuen Aufschwung nahmen die Untersuchungen, als um den Anfang des 18. Jahrhunderts in schneidendem Gegensatz zur herrschenden Lehre die Haftungspflicht des Cedenten de bonitate nominis von zwei verschiedenen Seiten — von R. Brenneysen und Herm. Zoll — in besondern Dissertationen [7]) als Regel aufgestellt wurde. Nicht als ob ihre Ansicht Eingang gewonnen hätte — die Gründe, durch welche beide dieselbe rechtfertigten, die Art und Weise, wie sie mit den einschlagenden Stellen des römischen Rechts umgingen, waren hierzu wenig geeignet, ungeachtet die Meisten mit dem Principe einverstanden sein mochten, welches Brenneysen seiner Interpretation zu Grunde legt, omnes leges civiles ita esse explicandas, ut quam minimum recedant ab jure naturali; sondern gerade durch die Opposition gegen die Ansicht, welche bisher als allein berechtigt gegolten hatte, wurde das Interesse für diese Untersuchungen in allgemeinerer Weise rege. In allen nur irgend ausführlichen civilrechtlichen Werken, wie in einer Menge von Dissertationen [8]) wurde die Haftungspflicht des Ce-

---

p. 415 sqq. — Joh. Strauchius dissertationes ad universum jus Justin. revisae ab Jacobo Aviano, Jenae 1666, diss. 17, pag. 285 sqq. — Brunnemann tractatus de cessione actionum denuo revisus, Vitebergae 1762 von pag. 178 an, — Frantzkius (vgl. Anm. 4). — Lauterbach collegium Pandectarum, tom. I, nach der 6. Ausgabe Tubingae 1784, pag. 1059, sqq. — Nur bei A. Faber (vgl. Anm. 3) wird noch der Einfluß falscher Distinctionen sichtbar.

Viele der genannten Männer reden ursprünglich nur von der Haftung des venditor actionis — im weitern Verlauf substituiren sie demselben ganz im Allgemeinen den Cedenten (Vinnius, Wissenbach); andere, z. B. Costa, sprechen gleich von Anfang von dem veudens vel cedens actiones. — Dieselben Ausnahmen, welche die spätere Zeit machte, denselben Streit über einzelne Ausnahmen (vgl. den Text weiterhin) finden wir auch schon bei der Mehrzahl der genannten Männer.

7) Der Erstere in der Abhandlung de praestanda evictione in cessione nominis, Halae 1696, der Zweite in dissertatione ad l. 4. D. 18, 4, Rintel. 1707.

8) Strykius usus modernus, continuatio altera, ed. IV, Halae 1722, p. 363 sqq. — Westenberg principia juris, ed. Berolinensis vom Jahre 1823, pag. 396. — Ger. Noodt commentarius ad libr. 27. Digest. ed. recens in Germania, Coloniae 1732, pag. 318. — Cocceji jus civile controversum nach der 4. Ausgabe Francofurti et Lipsiae 1779, pag. 773.

denten erörtert — gelesen, ungelesen waren Brenneysen und Zoll Gegenstand des allgemeinen Angriffs, und der Satz, der Cedent haftet regelmäßig nur de veritate nominis, setzte sich in der Polemik gegen beide fester, denn zuvor. Cedentem non ob-

---

— Gundling Discourse über die sämmtlichen Pandecten, Frankfurt und Leipzig 1736, S. 1153. — Wernher lectissimae commentationes in Pandectas, pars I. ed. nova, Francofurti 1779, pag. 674. — A. v. Leyser meditationes ad Pandectas, Vol. III, in der Ausgabe Halae 1772, pag. 404. — J. H. Böhmer in der 14. Ausgabe seiner introductio in jus Digestorum, Halae 1791, pag. 337. Vgl. auch seine exercitationes ad Pandectas, tom. II. Hannover und Göttingen, 1747, pag. 399. — Wordenhoff dissertatio, qua doctrina de cedente ad cessi nominis bonitatem praestandam non obligato sub examen revocatur, Trajecti ad Rhenum 1751. — Finestres commentarius in Hermogenianum, tom. I. Cervariae 1757 zur Stelle L. 74. §. 3 D. 21, 2. pag. 501 sqq. — Hellfeld jurisprudentia forensis, Jenae 1764 nach der 4. Ausgabe pag. 426. — Joh. Voet commentarius ad Pandectas, tom. III, Halae 1778, pag. 448 sqq. und pag. 770 sqq. — Dan. Mevius discuss. levam. inopiae debitorum, c. VII. num 30 (das Werk habe ich nicht selbst gelesen). — Hommel rhapsodia quaestionum in foro quotidie obvenientium, ed. III, vol. III, Baruthi 1769. pag. 777. — Struben rechtliche Bedenken, Theil IV, zweite Aufl. Hannover 1783. 86stes Bedenken, S. 224 ff. — Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, Band II, Hannover 1786, S. 270—279. — Müller observationes practicae ad Leyseri meditationes, tom. II. fasc. 2 Lipsiae 1789 — Madihn principia juris romani, Francofurti 1786—1791 pars II, §. 182, pag. 248. — Schmidt gerichtliche Klagen und Einreden nach der neuesten Ausgabe, Jena 1845, S. 444. — J. G. A. Weber einige Bemerkungen über die Fälle, wo der Cedent einer Forderung nicht nur für die Wahrheit, sondern auch die Güte derselben haften muß, Archiv von Hagemann und Günther, Theil V. Braunschweig 1790. — E. Ch. Westphal Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerlichen Rechts, Band I, Leipzig 1792. S. 94. Vgl. Desselben Lehre des gemeinen Rechts vom Kaufcontract u. s. w. Leipzig 1789. S. 622. — Dabelow System des Civilrechts, zweite Ausgabe, Theil I. Halle 1796, S. 319 ff. — Hofacker principia juris civilis, tom. III. Tubingae 1798. pag. 199. — G. L. Böhmer auserlesene Rechtsfälle, nach dessen Tode herausgegeben, Band II, Abth. 2, Göttingen 1800. Nr. 162, S. 585 ff.

Alle diese Männer stellen una voce jene Regel auf, sie weichen nur ab in den weiterhin im Text angegebenen Punkten. Die meisten Dissertationen, die hierher gehören, von Schmidt de obligatione cedentis ad verum, non bonum nomen praestandum, Mencken und manchen Anderen habe ich nicht erhalten können.

gari ad praestandum bonum nomen, sed tantum ad verum, abunde constat, konnte schon Sam. Stryk in seinem usus modernus 9) behaupten. — So vielfach die Untersuchungen über unsere Frage im 18. Jahrhundert aufgenommen wurden, so einstimmig lautete das Resultat, und die Stimme von Walch, der am Ende des vorigen Jahrhunderts in seiner introductio in controversias juris civilis 10) die Ansicht von Brenneysen mit neuen Gründen zu vertheidigen suchte — das Hauptargument ist: im Fall einer Insolvenz des Debitor cessus sei die Cession wegen mangelnden Objects nichtig, gerade wie ein Kaufcontract über eine nicht existirende Sache (!) — verhallte ungehört.

Werfen wir einen Blick auf jene Untersuchungen, so tritt uns der höchst stereotype Character, welchen alle ohne Ausnahme an sich tragen, in auffallender Weise entgegen. Gegen Brenneysen und Zoll wird die Haftung des Cedenten allein de veritate, nicht de bonitate nominis durchgefochten. Zwei Ausnahmen werden allgemein statuirt, im Fall eines Versprechens wegen der Güte zu haften, und beim Dolus; nur darüber stritt man, ob eine Haftung de bonitate auch eintrete bei der in solutum datio, bei in dotem cedirten, bei verpfändeten Forderungen, endlich ob auch dann, si sub specie assignationis cessio peracta sit, wie man zu sagen pflegte. Außerdem war man gewohnt, die Frage aufzuwerfen, ob schon dann eine Haftung für die Güte eintrete, wenn „ewige gute Wehrschaft und Eviction" oder wie die Neuern sich ausdrückten, wenn „die Gewährleistung der Forderung" versprochen sei. — Das war der abgeschlossene Kreis, in welchem sich die Forschungen bewegten, ein Fortschritt hat gar nicht Statt. Ganz das Gleiche gilt von den Erörterungen, die im Anfang dieses Jahrhunderts hervortraten 11), selbst in den Ausführungen vom trefflichen

---

9) Vgl. den Anfang der vorigen Anmerkung.

10) Editio tertia, Jenae 1791, pag. 593 sqq.

11) Thibaut nach der 8. Ausgabe, Band 2, Jena 1834, S. 37. — Günther principia juris romani, tom. II, Jenae 1809, pag. 685 sqq. — Glück Commentar zu den Pandecten, Band XVI, Erlangen 1814, § 1023, S. 449 ff. — Hagemann Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit, Band 6, Hannover 1818. 26. Erörterung. S. 149 ff. —

A. D. Weber wie von Glück [12]) ist nur das alte Bekannte wiederholt.

Das war der Standpunkt der Untersuchungen, als Mühlenbruch mit seinem Werke über die Cession hervortrat [13]). In vielfacher Beziehung macht dasselbe Epoche, hinsichtlich unserer Untersuchung nicht. Mühlenbruch will sich zwar der Zusammenstellung des Bekannten entschlagen — man braucht aber nur seine Darstellung mit dem, was Brunnemann, Wordenhoff, die beiden Weber, Glück u. A. bereits gesagt hatten, zu vergleichen, um zu erkennen, daß auch seine Ausführung in den einmal gezogenen Kreis der Untersuchungen gebannt ist. — Ein Wendepunkt konnte nur mit der Einsicht in den Grundfehler eintreten, an welchem alle bisherigen Untersuchungen laborirten. Dieser Grundfehler bestand, außerdem daß man sich weder über den Begriff der veritas, noch weniger der bonitas verständigt hatte [14]), in der Voraussetzung, daß der

---

A. D. Weber Erläuterungen der Pandecten nach Hellfeld nach dem Tode des Verfassers von dessen Sohn herausgegeben, Theil I, Leipzig 1820. Vgl. damit seine Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden nach der 4. Ausgabe Stück I, Leipzig 1820, S. 35—50 und seine Ausgabe der Höpfnerschen Institutionen, Frankfurt 1818, S. 737. — Rubo (vgl. Anm. 17.) — Hohenhorst Jahrbücher des badischen Oberhofgerichts zu Mannheim, Jahrg. 1826, Mannheim 1828, S. 253. Vgl. Jahrg. 1823, Mannheim 1824, S. 286. — Valett Pandecten, Band 2, Leipzig 1828, S. 70. — Warnkönig commentarii juris romani privati, tom. II. Leodii 1829, pag. 46 sqq. — Bucher Recht der Forderungen, zweite Ausgabe. Leipzig 1830, S. 94. — Bender Verkehr mit Staatspapieren, zweite Ausgabe, Göttingen 1830, S. 291. — Wening-Ingenheim Civilrecht, Band 2, München 1831. S. 75. Dazu vgl. Fritz Erläuterungen. Heft III, Freiburg 1839, S. 221.

12) Ueber beide vergl. die vorige Anmerkung.

13) Zum ersten Mal 1817; die dritte Auflage ist vom Jahr 1836.

14) Glück und viele Andere verstehn unter der Haftung de bonitate die Haftung für die Solvenz des Schuldners im Augenblick der Cession (a. a. O. S. 450 oben), Mühlenbruch auch die Haftung für die Zahlungsfähigkeit desselben in dem Augenblick, wo der Cessionar Zahlung verlangt. Dieses geht daraus hervor, daß er einerseits den Cedenten für die Solvenz des Schuldners im Augenblick der Cession — wenigstens in den Fällen, wo dem Cessionar die Insolvenz nicht bekannt war, immer einstehn läßt, andrerseits aber als Regel hinstellt, der Cedent hafte nicht für die bonitas nominis.

Cedent als Cedent zu einer bestimmten Haftung verbunden sein müsse. Von dieser Voraussetzung aus wollte man auf die Frage: haftet der Cedent regelmäßig de veritate oder de bonitate, eine Antwort haben, welche das Eine oder Andere bejahte. Und wenn sich auch hin und wieder die Einsicht geltend machte, daß jene Frage in dieser Fassung keine Berechtigung habe, so war man zu sehr daran gewöhnt, dieselbe zu stellen, als daß diese Einsicht einen Einfluß auf die Untersuchung hätte äußern können. Schon Wordenhoff war auf dem richtigen Wege, wenn er im Eingang seiner Dissertation (§. 3) ausspricht, de quo ut constet, praeter contractus naturam, acta pactaque contrahentium spectanda sunt, — einen Einfluß auf das Resultat hat diese Aeußerung fast gar nicht gehabt[15]; auch Andere nach ihm haben die gleiche Bemerkung gemacht, ohne daß von ihnen ein Anderes gilt. Bestimmt hat zuerst Thöl in seinem Handelsrecht[16]) die herrschende Ansicht in ihrer Grundlage angegriffen indem er im Gegensatz zur allgemeinen Annahme darauf hinwies, daß es für die Beantwortung der Frage nach der Haftung des Cedenten auf den der Cession unterliegenden Titel ankomme, daß eben deshalb weder die Haftung de veritate noch de bonitate als Regel hingestellt werden

---

— Die Mehrzahl der Gelehrten endlich spricht sich nicht bestimmt aus, was sie unter der bonitas versteht. — Selbst über den Begriff der veritas herrscht keine volle Uebereinstimmung, — ganz abgesehen davon, daß überhaupt die Entgegensetzung von veritas und bonitas etwas Verkehrtes ist, worüber vergl. § 2.

15) Nur in formeller Hinsicht ist ein Einfluß bemerkbar. Während nämlich alle Uebrigen als Regel hinstellen: der Cedent haftet nur de veritate, und nur einzelne Ausnahmen hiervon statuiren, bald mehr, bald weniger, stimmt Wordenhoff (vgl. Anm. 8) in der Sache selbst vollständig überein — mehrfach spricht er bestimmt aus: der Cedent haftet in der Regel nur de veritate, nur sucht er dieselben Ausnahmen, die auch die Uebrigen machen, aus dem Unterliegen einer besondern causa zu erklären — in der That würden sie aufhoren, Ausnahmen zu sein, wenn das Princip, für die Haftungspflicht kommt es auf die causa an, streng durchgeführt wäre. Wordenhoff war auf dem richtigen Wege, hat ihn aber selbst nicht consequent verfolgt.

16) Die erste Ausgabe erschien Göttingen 1841, die zweite Göttingen 1847. Vgl. daselbst S. 390 im Text und Anm. 21.

könne. Durch diese Bemerkung ist für unsere Untersuchung ein neuer und — der allein richtige — Weg eröffnet worden.

Wer da weiß, wie schwer eine fest eingewurzelte falsche Vorstellung der richtigen Einsicht auf dem Gebiet der Wissenschaft weicht, den mag es nicht Wunder nehmen, daß die — noch dazu ganz gelegentlich ausgesprochene Ansicht Thöls bisher ohne erheblichen Einfluß geblieben ist. Man hatte sich einmal an die Vorstellung gewöhnt, der Cedent sei als solcher, d. h. aus dem Grunde, weil er cedirt hat, zu einer bestimmten Haftung verbunden[17], als daß man eine Ansicht verstehen konnte oder wollte, welche eine Verpflichtung zur Haftung nur aus dem unterliegenden Titel anerkannte und den Cedenten als Cedenten für eben so wenig zu irgend einer Haftung verbunden erachtete, als den Tradenten als solchen. Characteristisch ist

---

17) Man sollte es nicht für möglich halten, daß die Cession wirklich mit Bewußtsein als ein Verpflichtungsgrund für eine bestimmte Haftung angesehn und in dieser Beziehung mit dem Kaufcontract zusammengestellt werden könne. Gleichwohl lieset man bei Rubo (über Angabe an Zahlungsstatt in Kamptzs Jahrbüchern für preuß. Gesetzgebung, Band XXII, Berlin 1823, S. 14), ein Kaufcontract liege der datio in solutum nur dann unter, wenn eine Sache an Zahlungsstatt hingegeben werde, hier sei der Hingeber als Verkäufer verpflichtet; wenn aber eine Forderung in solutum gegeben werde, so liege kein Kaufcontract vor, sondern — eine Cession, und Pflicht und Recht bestimmen sich dann nicht nach den Grundsätzen des Kaufcontracts, sondern nach denen der Cession (!). Eine ganz ähnliche Ansicht findet sich bei Roßhirt (Zeitschr. für Civil- und Criminalrecht, Band V, Heft 1, Heidelberg 1843.) „Der Cession, meint Roßhirt, sei nach der Dogmatik die Bedeutung einer Singularsuccession zu geben, und sie in den Einzelnheiten, namentlich zwischen dem Cedenten und dem Cessionar als Kauf anzusehn. Cedent und Cessionar haften einander immer aus dem Standpunkt der emtio venditio, d. h. der Cedent muß dem Cessionar — — Eviction prästiren, d. h. er muß für die Richtigkeit des cedirten Rechts stehn. Es ist also kein eigner Satz der Cessionslehre, daß der Cedent pro veritate, nicht aber pro bonitate des cedirten Rechts haftet, sondern es ist bloß ein allgemeiner Gedanke aus der Natur des Kaufs.“

Nicht selten wird gerade durch das bestimmte Hervorheben der Grundsätze, auf welchen eine irrige herrschende Ansicht beruht, wie der Consequenzen, zu denen sie hinführt, die Erkenntniß des Richtigen gefördert.

in dieser Beziehung die Entgegnung eines Recensenten [18]) „Alles komme auf die Absicht der Parteien an, diese aber könne nur nach dem bisher allgemein mit dem Wort Cession verbundenen Begriff beurtheilt werden.“

So sind denn auch noch die neuesten Darstellungen ganz auf dem alten Standpunkt stehen geblieben. Selbst der große Civilist Puchta nimmt zwar in dem betreffenden Abschnitte seiner Pandecten einen Anlauf, welcher ihn consequent über die früheren Schranken hinausführen mußte, in den Worten „von der causa cessionis hängen auch die Verbindlichkeiten des Cedenten gegen den Cessionar ab,“ tritt aber sogleich auf den alten Standpunkt zurück, wenn er fortfährt „in der Regel haftet der Cedent für die Existenz der Forderung, nicht aber für die Güte, eine Modification dieser Grundsätze kann durch die besondere Beschaffenheit der causa cessionis herbeigeführt werden.“ Ist der erste Satz richtig, so wird nicht eine Modification eines ohne Rücksicht auf die causa cessionis gewonnenen Grundsatzes durch die causa herbeigeführt, sondern die Haftung des Cedenten bestimmt sich ganz allein nach derselben. In ganz ähnlicher Weise hatte sich Puchta schon früher in einer Abhandlung über die Cession geäußert [19]).

Es herrscht, so scheint es, ein tiefer Friede über die Richtigkeit jenes alten Satzes [20]). Ob der Friede Resultat eines

---

18) Treitschke in den Jahrbüchern für deutsche Rechtswissensch. Jahrg. II. Band III, Leipzig 1843, S. 713.

19) Pandecten, dritte Ausgabe, Leipzig 1845, S. 401. Vgl. seine Abhandlung über Cession in Weiskes Rechtslexicon, Band II, Leipzig 1840, S. 636 ff. Vgl. besonders S. 653 f.

20) Man vergleiche die neuesten civilistischen Werke, Göschen Civilrecht, Bd. 2, Abth. 2, Göttingen 1839, S. 33 ff. — Unterholzner Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen, Bd. 2. Leipzig 1840, S. 286 f. Roßhirt (s. Anm. 19.) — Sintenis Civilrecht. Bd. 2. Leipzig 1845. S. 819 f., der ebenfalls wie Puchta von dem richtigen Satze ausgeht „die Bestimmung des Verhältnisses zwischen dem Cedenten und dem Cessionar ist — von dem Verpflichtungsgrund zur Cession abhängig. Das Geschäft, welches diesen ausmacht, steht unter seinen eigenthümlichen Regeln, also als Kauf, Tausch u. s. w., ohne daß der Gegenstand desselben, d. h. die Forderung Ausnahmen zur Folge hätte.“ Wäre dieser Gedanke festgehalten, so hätte

beendeten Kampfes ist, oder nur jene Ruhe, die auch auf andern Gebieten als dem der Wissenschaft einer allgemeineren Umgestaltung auch dann nicht selten vorherzugehen pflegt, wenn lange schon die Stimme laut geworden, welche dieselbe herbeiführt, muß die nächste Folgezeit lehren.

§. 2.

Bestimmtere Fassung unserer Aufgabe. Leitendes Princip für die Bestimmung der Haftungsverbindlichkeit.

Unsere Aufgabe ist, die Haftung des Cedenten [1]) gegenüber dem Cessionar für die Fälle darzulegen, wo der Letztere vom Debitor cessus gar nichts, oder nur theilweise Befriedigung erhalten kann. Nur diese Eine Seite in dem Verhältniß des Cedenten zum Cessionar ist es, die wir ins Auge fassen werden,

---

Sintenis nicht, wie er es thut, gleich darauf schreiben können: „Der Cedent hat dem Cessionar dafür einzustehn, daß die abgetretene Forderung wirklich existire, — — für die Güte der Forderung haftet er regelmäßig nicht, ausgenommen in folgenden Fällen,“ — nun folgen die gewöhnlich hingestellten Ausnahmen.

Doch hat sich auch noch in der neuesten Zeit eine Stimme für die Ansicht erhoben, der Cedent müsse regelmäßig de bonitate nominis haften (Dernburg über die Streitankündigung in den s. g. regressorischen Rechtsstreiten — in Lindes Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. 2, neue Folge, Gießen 1846, S. 13 ff.) Allein der hierfür angeführte Grund, dem Cessionar stehe als Mandatar die contraria mandati actio auf Schadloshaltung, d. h. auf Rückzahlung des für die Cession Gezahlten zu, falls er vom Debitor cessus nichts erhalte, wird schwerlich einen Andern als den Verfasser überzeugt haben.

1) Es scheiden demnach für unsere Betrachtungen die Fälle aus, in denen nur scheinbar, nicht in Wahrheit eine Cession vorliegt: ich meine das Indossament sowohl einer Anweisung als eines Wechsels, ersteres enthält nur eine neue Anweisung, letzteres einen neuen Wechsel. Vergl. Thöls Handelsrecht S. 397 u. 421 und desselben Entwurf einer Wechselordnung für Mecklenburg nebst Motiven, S. 48 f. Dagegen ist allerdings die Veräußerung von Papieren au porteur, in specie von Staatspapieren auf Inhaber als Cession aufzufasien, welches Mühlenbruch mit vielen Andern in Abrede nimmt.

— freilich die Hauptseite; die übrigen Verpflichtungen des Cedenten „die Geltendmachung der Forderung durch den Cessionar nicht nur nicht zu hindern, sondern sie ihm, soweit die Mittel dazu in seinen Händen sind, möglich zu machen, weiter alles das herauszugeben, was er nach der Cession, oder der Verpflichtung zu derselben von dem Schuldner durch directe oder indirecte Leistung empfangen hat," mit diesen Worten schon völlig erschöpfend bezeichnet, gehen für unsere Betrachtung bei Seite. — Wenn wir weiterhin von der Haftung des Cedenten schlechtweg reden, so wollen wir damit nur die eine angegebene Seite bezeichnen.

Versuchen wir jetzt die Frage: wofür haftet der Cedent, bestimmter zu fassen, so scheint es, als könnten wir uns hier an die ganz allgemeine Entgegensetzung einer Haftung für die veritas (oder, wie Andere sagen, Existenz) und die bonitas nominis anschließen, und demnach die Frage so fassen: Haftet der Cedent dem Cessionar gar nicht, oder für die veritas, oder sogar für die bonitas nominis, eventuell in welchen Fällen tritt die eine und die andere Haftung ein? Natürlich würde es vor Allem darauf ankommen, die Begriffe von veritas und bonitas bestimmt festzustellen. Wir würden hier der ziemlich allgemeinen Annahme [2]) beitreten können: „Zur veritas eines nomen gehört zuerst, daß der Debitor cessus wirklich Schuldner des Cedenten geworden, und daß die Forderung weder ipso jure aufgehoben ist, noch ope exceptionis entkräftet werden kann, weiter die Klagbarkeit der Forderung, und die Existenz der mitveräußerten Accessionen (Forderung gegen den Bürgen — Pfandrecht); bonitas nominis bezeichnet dagegen die Solvenz des Schuldners" — wobei wir freilich bestimmt angeben müßten, ob die Solvenz zur Zeit der Cession oder auch späterhin [3]).

Gegen diese Scheidung zwischen veritas und bonitas nominis, sofern sie zur genaueren Fassung unserer Aufgabe verwandt werden soll, müssen wir uns aufs Ernstlichste erklären. Es lassen sich nämlich auf keine Weise die Merkmale der veritas

---

2) Vgl. Puchta bei Weiske, S. 653.
3) Vgl. § 1. Anm. 14.

nominis [4]) objectiv (bestimmter gesagt: unabhängig von den Beredungen der Parteien) hinstellen, wie dieses bei dem Begriff der bonitas der Fall ist. In der That bedarf dies kaum einer weitern Darlegung. Man sagt: zur veritas gehört die Klagbarkeit der Forderung, gehört, daß keine Einreden entgegenstehen. Wie nun aber, wenn die Parteien über die Cession einer naturalis obligatio übereingekommen sind [5]) — ist in diesem Fall das nomen etwa kein nomen verum? Oder wenn der Cedent dem Cessionar erklärt hat, auf einen Theil der Forderung stehe dem Debitor cessus eine Einrede zur Seite — gilt hier nicht ganz dasselbe? Müssen wir auf der einen Seite Beschränkungen machen bei den oben hingestellten Merkmalen, so kann andrerseits der Begriff der veritas noch über dieselben hinausführen. Hat nämlich der Cedent die Solvenz des Schuldners versprochen, so gehört hier offenbar die bonitas der Forderung zur veritas derselben. Ja, wie wenig, bestimmte Eigenschaften unabhängig von der Beredung der Contrahenten als im Begriff der veritas enthalten aufgestellt werden können, zeigt der Umstand, daß man auch die Existenz der mitveräußerten Accessionen in die veritas hineinlegt.

Wir können demnach die veritas nominis — und das Gleiche gilt vom Ausdruck „Existenz der Forderung“ — nur als die Eigenschaft der Forderung bezeichnen, vermöge welcher sie den Verabredungen der Parteien völlig entspricht. — Ist dieses nicht zu läugnen, so bleibt uns, wenn wir die Entgegensetzung von veritas und bonitas für unsere Frage benutzen wollen, nur eine doppelte Möglichkeit.

Entweder wir nehmen den Ausdruck veritas (Existenz) in dem allein richtigen Sinne und stellen die Frage so: Haftet der Cedent dem Cessionar gar nicht, oder für die veritas d. h. für die vereinbarten Eigenschaften der Forderung, oder auch für die Güte derselben; eventuell in welchen Fällen tritt die eine oder andere Haftung ein. Hier würde es sich zunächst um

---

4) Hinsichtlich des Ausdrucks „Existenz der Forderung“ gilt ganz dasselbe.
5) Gegen die früher nicht selten vertheidigte Annahme der Unmöglichkeit einer solchen Cession s. Mühlenbruch S. 252 f. — Puchta S. 639.

die genaue Bestimmung dessen handeln, was als vereinbart gelten soll. Nur das ausdrücklich Beredete? In den meisten Fällen wird es an einer ausdrücklichen Beredung fehlen, und wenn eine solche Statt hat, wird sie bald mehr, bald weniger umfassen, so daß es bald vorkommen kann, daß eine Eigenschaft weder unter den Begriff der veritas in diesem Sinn, noch den der bonitas fällt, bald daß die veritas die bonitas mit einschließt. Wollen wir aber sagen, die veritas nominis begreife die Existenz aller, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, vereinbarten Eigenschaften der Forderung, so kommt es darauf an, welche Eigenschaften als stillschweigend vereinbart gelten sollen. Es ist nämlich ein Doppeltes denkbar. Entweder sagen wir, als stillschweigend vereinbart sind nur die Eigenschaften einer Forderung anzusehen, welche dieselbe nach der nicht ausdrücklich, aber wohl durch concludente Facta erklärten Absicht der Parteien haben soll. In diesem Fall gilt dasselbe, was so eben bemerkt ist. Oder wir nehmen den Begriff des stillschweigend Vereinbarten weiter, indem wir auch alles das, was vermöge des jus, quod privatorum pactis mutari potest, eintritt, in den Umfang desselben hineinlegen [6]. Demnach würde die veritas nominis alle Eigenschaften einer Forderung in sich begreifen, welche entweder ausdrücklich beredet sind, oder, vom Gesetz für den Fall der Cession eines nomen geboten, durch Privatwillkür nicht ausgeschlossen sind. In diesem Sinn die veritas genommen, würde aber der Cedent begreiflicher Weise immer für die veritas und nie für ein Mehreres haften, und die Aufgabe wäre nicht, die Frage zu beantworten: wann tritt eine Haftung für die veritas, wann für die bonitas ein, sondern: was gehört zum Begriff der veritas einer Forderung, in specie wann ist auch die Güte hierher zu rechnen? — Der Hauptgrund aber, weshalb wir die Scheidung von veritas in diesem

6) Will man hier einmal den Begriff des Vereinbarten in diesem Umfang nehmen, so ist dagegen an sich nichts zu sagen, wenn man nur nicht die falsche Consequenz zieht, daß in den Fällen, wo ein jus dispositivum zur Anwendung gelangt, der (stillschweigende) Privatwille Grund für das Eintreten der gesetzlichen Bestimmung ist. Vgl. Kierulff Civilrecht, S. 79 und Ihering Abhandlungen aus dem römischen Recht, S. 12.

Sinn und bonitas nicht zur genaueren Fassung unserer Aufgabe benutzen können, ist folgender. Für die Haftung des Cedenten kommt es zunächst auf die Vereinbarung der Parteien an. Wo aber eine solche nicht vorhanden ist, kommen die gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung. Diese darzulegen, ist unsere nächste Aufgabe. Offenbar können wir hier eine Unterscheidung nicht benutzen, die uns in die Beredungen der Parteien hineinführen würde.

Oder wir sehn ab von der richtigen Bedeutung des Ausdrucks veritas, indem wir der gewöhnlichen Auffassung folgend unter demselben zunächst vorstehn, daß die cedirte Forderung existent geworden, sodann, daß sie weder ipso jure aufgehoben, noch per exceptionem zu entkräften ist, endlich daß auch die mitveräußerten Accessionen existiren. Darnach würde die Frage so lauten: Haftet der Cedent gar nicht, haftet er dafür, daß die Forderung zur Existenz gelangt und weder ipso jure aufgehoben noch per exceptionem zu entkräften ist — der Kürze wegen würden wir dieses letztere als eine Haftuug für die veritas bezeichnen, — oder haftet er selbst für die Güte der Forderung, eventuell in welchen Fällen greift die eine oder andere Haftung Platz?

Hiergegen ist zunächst zu erinnern, daß dann der Ausdruck veritas der möglichst unangemessenste ist, weil er so leicht zu Mißverständnissen leitet. Sodann — und dieses ist die Hauptsache — daß weder das Gemeinsame dessen, was man unter die Haftung für die veritas zusammengestellt hat, noch der Gegensatz desselben zur Haftung de bonitate klar ist [7]. Wie wichtig beides ist, wird im weitern Verlauf sich zeigen. Hier weise ich nur darauf hin, daß Mühlenbruch (S. 627) „im Ganzen wohl noch einen dritten Fall unterscheiden will, der so wenig zu dem locupletem esse debitorem (d. h. zur bonitas), als zu dem debitorem esse (d. h. zur veritas) gehört, im practischen Leben aber doch häufig genug zur Sprache komme, wenn nämlich

---

7) Man sage nicht, Beides werde genugsam durch „veritas“ bezeichnet. Denn dieser Ausdruck ist hier ja in einem ganz andern als seinem wahren Sinn gebraucht.

die Schuld wegen eines zeitigen Hindernisses nicht gefordert werden könne, wenn z. B. der Schuldner einen Specialindult erhalten habe.“

Lassen wir demnach jene Entgegensetzung einer Haftung für die veritas und die bonitas nominis fallen und gehen unsern eigenen Weg. Wie wichtig es für das practische Resultat ist, die Frage, welche wir zu beantworten haben, scharf zu fassen, wird sich aus dem folgenden Paragraph mehrfach ergeben.

Die Aufgabe ist, die Haftung des Cedenten gegenüber dem Cessionar für die Fälle zu bestimmen, wenn der Letztere vom Debitor cessus gar nichts, oder nur theilweise Befriedigung erhalten kann. Die mannigfachen Gründe, in Folge deren dieses eintreten kann, lassen sich auf zwei Hauptclassen zurückführen. Entweder steht ein juristisches Hinderniß der Realisirung des cedirten Anspruchs entgehen, oder der Grund liegt in einem factischen Hinderniß. Das Erste ist der Fall, wenn der Debitor cessus den gerichtlich geltend gemachten Anspruch des Cessionars zurückschlagen kann, sei es, daß er die Existenz der Forderung in Abrede zu stellen vermag, entweder weil sie nie zur Existenz gelangt, oder ipso jure erloschen ist, sei es, daß er eine exceptio im römischen Sinn der Forderung entgegenzusetzen im Stande ist. Das Zweite, wenn der Debitor cessus sich an einen Ort begeben hat, wo er nicht gerichtlich zu belangen ist, z. B. ausgewandert ist, oder — der Hauptfall — wenn von ihm wegen Insolvenz nichts zu erhalten steht. Demnach werden wir die Haftung des Cedenten für die juristische und für die factische Realisirbarkeit der cedirten Forderung scheiden dürfen. Wir können demnach die Frage nach der Haftung des Cedenten bestimmter so fassen: Wann haftet der Cedent gar nicht, wann für die juristische, wann auch für die factische Realisirbarkeit der cedirten Forderung? Der Begriff der Haftung für die juristische Realisirbarkeit bedarf jedoch noch einer Beschränkung, er bezeichnet nur die Haftung für die Einwendungen, welche gegen die Forderung bereits in der Person des Cedenten zur Exizenz gelangt waren, da es sich von selst versteht, daß nur hinsichtlich dieser der Cedent verhaftet sein kann, gleichviel freilich welcher Art sonst jene Einwendungen gegen

die Forderung sind, insbesondere ob peremtorische oder dilatorische Einreden entgegenstehn [8]). Auch die Haftung für die factische Realisirbarkeit beschränken wir, und zwar auf die Zeit der geschehenen Cession, resp. des Rechtsgeschäfts, welches der Cession zum Grunde liegt [9]). — Klar ist, daß die Haftung für die factische Realisirbarkeit die Haftung für die juristische einschließt, so daß in allen Fällen, wo Jemand für die erstere haftet, er auch für die letztere einstehen muß, nicht umgekehrt.

Wir haben jetzt für die Beantwortung der Frage nach der Haftung des Cedenten, die nach dem Bemerkten in jene drei Fragen zerfällt, nach einem leitenden Princip zu suchen. Hier ist zunächst hervorzuheben, daß der Cedent als solcher, d. h. weil er cedirt hat, nie zu irgend einer Haftung verbunden sein kann. In der That ist diese Sache so einfach, daß ich nur deshalb bei derselben länger verweile, weil sich die gewöhnliche Anschauung gerade hierin nicht hineinzufinden vermag [10]). Der Cedent haftet dem Cessionar, heißt: Der Cessionar hat einen Regreß gegen den Cedenten, wenn er vom Debitor cessus nichts (oder nicht Alles) erhält, sei es wegen eines juristischen Mangels der cedirten Forderung (Haftung für die juristische Realisirbarkeit) oder eines factischen (Haftung für die factische Realisirbarkeit). Wie kann nun aber der Cessionar den Cedenten aus dem Grunde belangen, **weil** ihm dieser eine Forderung cedirt hat? Man frage nur, welche Klage soll hier dem Cessionar zustehen [11]). Man könnte meinen, die contraria

---

8) Vgl. darüber weiterhin §. 3 Text hinter Anm. 60.

9) Nämlich in den Fällen, wo ein Rechtsgeschäft abgeschlossen ist, welches eine Berechtigung und Verpflichtung zur Cession einer bestimmten Forderung begründet, kommt es für den Begriff der factischen Realisirbarkeit nicht auf den Augenblick der Cession, sondern — beides kann sehr wohl der Zeit nach auseinanderfallen, siehe §. 3 initio — des geschlossenen Rechtsgeschäfts an. Vergl. §. 3, Text vor Anm. 82. Dasselbe gilt auch noch von einzelnen andern freilich ganz speciellen Fällen. Vgl. §. 3, Text bei Anm. 34 und vor Anm. 82.

10) Vergl. oben S. 7 ff.

11) Trefflich sagt Savigny System. Bd. 5, S. 148: Will der Richter die gegenseitigen Ansprüche individualisiren, so ist ihm dabei im römischen Recht die Normenclatur der Klagen völlig unentbehrlich, denn diese ist für

mandati actio. Wollten wir ihm diese Klage geben, so würde er mit derselben doch immer nur Ersatz der in Folge des Mandats gehabten Verwendungen, also der etwa durch die gerichtliche Verfolgung ihm erwachsenen Kosten, auf keinen Fall — und gerade dies meint man — Ersatz des für jenes Mandat (in rem suam) Bezahlten verlangen, d. h. nie das für die Cession Gezahlte zurückfordern, oder gar sein volles Interesse geltend machen können [12]. In Wahrheit aber hat der Cessionar so wenig die contraria mandati actio, als dem Cedenten die directa gegen den Cessionar, weder auf Ausklagung des Debitor cessus, noch auf Herausgabe des Empfangenen zusteht; — wie der Mandant durch Bestellung des procurator in rem suam auf seine directa, so verzichtet der Mandatar (procurator in rem suam) auf seine contraria; auch in dieser Beziehung ist die eigenthümliche Natur des Mandats, durch welches die Cession geschieht, in der neuesten Entwickelung verwischt worden. Welche Klage, fragen wir wiederholt, soll also der Cessionar haben? Es bleibt nur übrig die Klage aus der Obligation, deren Erfüllung durch die Cession bezweckt war. Damit ist aber ausgesprochen, daß der Cedent dem Cessionar nicht aus dem Grunde, weil er cedirt hat, zu einer bestimmten Haftung verbunden sein kann, wohl aber aus demselben Grunde, aus welchem er die Cession vorgenommen hat. Es haftet demnach der Cedent qua Cedent so wenig als der Tradent qua Tradent, wohl aber können beide aus der unterliegenden Obligatio, deren Erfüllung durch die Cession, resp. Tradition, beabsichtigt war, aber entweder nicht vollständig, oder gar nicht erreicht worden ist, verhaftet sein.

Dieses Resultat ergiebt sich in der That auf so einfache Weise, daß wir fast unwillkürlich die Frage aufwerfen müssen, wie war es möglich, daß dieses nicht lange erkannt worden

---

das System des practischen Rechts ungefähr das, was die Grammatik für die Sprache ist.

12) In der Ansicht von Dernburg (vgl. §. 1 Anm. 20 a. E.) kann ich nur die Consequenz der gewöhnlichen Ansicht erblicken, der Cedent se als Cedent zu einer bestimmten Haftung verbunden. Ist dieses richtig, so kann nur die contraria mandati actio die zutreffende Klage sein.

ist? Die Ursache liegt, wie es mir scheint, darin, daß man in den Fällen, wo der Cession ein Rechtsgeschäft unterliegt, welches eine Berechtigung oder Verpflichtung zur Cession einer bestimmten Forderung begründet, Kaufcontract über eine bestimmte Forderung, Tausch u. s. w., — im practischen Leben die Hauptfälle der Cession, — beides die Cession und das unterliegende Rechtsgeschäft nicht scharf genug von einander sonderte. Indem man von dem richtigen Satz ausging, daß „jede mit Bestimmtheit erkennbare Erklärung, seine Forderung cediren zu wollen, genügend sei", indem man weiter sah, daß in der Mehrzahl der Fälle dieser Art die Cession von dem unterliegenden Rechtsgeschäft keinen äußerlich getrennten Akt bildet, kam man dazu, das, was äußerlich zusammenfiel, auch für die juristische Betrachtung nicht zu sondern, und zu verkennen, daß die Cession eben so gut Erfüllung des vorhergehenden Rechtsgeschäfts ist wie die Tradition, welche letztere sich in der Regel auch äußerlich von der causa, auf der sie beruht, getrennt darstellt. Eine Vergleichung der Cession mit der Tradition hätte hierauf führen müssen, allein mit der früher so häufigen Zusammenstellung beider[13]) waren zu bedeutende Irrthümer in der Auffassung des Cessionsbegriffs verbunden gewesen, als daß man nicht eine natürliche Abneigung gegen die Zusammenstellung seit der Aufdeckung dieser Irrthümer hätte haben sollen. Indem man auf diese Weise das der Cession unterliegende Rechtsgeschäft von der Cession selbst juristisch nicht sonderte, übersah man leicht die Eigenthümlichkeit des vorausgehenden Rechtsgeschäfts, dieses verschwand hinter der Betrachtung, daß eine Cession vorliege. So deutlich, wie bei Rubo[14]), der meint, bei der in solutum datio einer res corporalis liege ein Kaufcontract unter, bei der in solutum cessio einer Forderung dagegen „natürlicher Weise kein Kauf, sondern eine Cession", mag diese Anschauung sonst nicht ausgesprochen

---

13) Man sprach von einer quasi traditio der Forderung, von einem dominium an derselben, von der Eviction einer cedirten Forderung u. s. w.

14) Vergl. §. 1 Anm. 17.

sein, unbewußt lag sie bei den Meisten zu Grunde, wenn sie ohne Berücksichtigung des Titels der Cession eine bestimmte Haftung dem Cedenten auferlegen wollten[15]. Fand man nun von jener Auffassung aus Stellen im römischen Recht, welche dem Cedenten, im Fall wo der Cession ein Kauf einer bestimmten Forderung unterliegt, nur zur Haftung für die juristische Realisirbarkeit verpflichten, so übersah man bei der Betrachtung, daß eine Cession vorliege, den Umstand, daß von einem Kaufcontract, und zwar über eine bestimmte Forderung die Rede ist, man stellte daher ganz allgemein die Regel auf: Der Cedent haftet nur de veritate (nur für die juristische Realisirbarkeit).

Wir haben also den Satz gewonnen: Für die Haftung des Cedenten kommt es auf die causa cessionis an. Wir fragen weiter, ob ganz allein? Die Antwort ist: Die Anwendbarkeit des Subsidiarrechts, wozu die Bestimmungen über die Haftungspflicht aus den Rechtsgeschäften gehören, kann durch die Willkür der Parteien ausgeschlossen werden. Es wird demnächst zuerst auf die Vereinbarung des Cedenten und Cessionars ankommen. Außerdem kann der Dolus den Cedenten zur Haftung verpflichten. Beides sind Modificationen der gesetzlichen Haftungspflicht, die wir erst, nachdem wir diese kennen gelernt, betrachten werden (§. 4). In dem nächsten §. folgt eine Erörterung der gesetzlichen Haftungspflicht. Da es hiefür auf die verschiedenen causae der Cession ankommt, so ist unsere Aufgabe eine doppelte: einmal alle möglichen Fälle der Cession nach den verschiedenen Gründen derselben in bestimmte Classen abzutheilen, sodann den Einfluß der verschiedenen Gründe auf die Haftungspflicht des Cedenten darzulegen. Rücksichtlich der ersteren Aufgabe haben wir zwei Erfordernisse festzuhalten. Fürs erste müssen die einzelnen Classen einerseits scharf von einander abgegränzt, andererseits vollkommen erschöpfend sein, d. h. alle denkbar möglichen Fälle der Cession umfassen; zweitens für die

15) Selbst in der allgemeinen Bezeichnung „freiwillige Cession" für den Fall, wo die Cession auf einem Rechtsgeschäft beruht, offenbart sich diese Anschauung. Vgl. §. 3. im Anfang.

Frage nach der Haftung des Cedenten eine practische Bedeutung haben. In bei weitem den meisten Fällen wird die Zerspaltung in verschiedene Classen durch die verschiedene Haftungspflicht des Cedenten gerechtfertigt. Allein nicht darin allein liegt ein Rechtfertigungsgrund für jene Zerspaltung. Es kann sehr wohl vorkommen, daß die Haftung des Cedenten eine völlig gleiche, eine Trennung in verschiedene Classen aber darum nothwendig ist, weil dieselbe Haftungsverbindlichkeit in der einen einen ganz anderen Grund hat, als in der anderen Classe, oder auch nur deshalb, weil in der einen Classe Erörterungen sich vernothwendigen, welche nur diese eine Classe betreffen.

Der Uebersicht wegen mag hier eine Zusammenstellung der verschiedenen Classen vorangeschickt werden:

I. Freiwillige Cession, d. h. Cession einer Forderung, auf deren Vornahme der Cessionar keinen rechtlichen Anspruch hatte.

A. Die Cession ist nicht Erfüllung einer rechtlichen Verbindlichkeit des Cedenten — absolut freiwillige Cession.

B. Die Cession ist Erfüllung einer solchen — relativ freiwillige Cession.

Wir haben hier einen Fall, wo die Cession einer bestimmten Forderung eine bestehende Verpflichtung des Cedenten tilgt, ohne daß eine Verpflichtung zu dieser bestimmten Cession Statt findet. Der Grund dieser Erscheinung liegt

1) in der (generellen) Natur der Obligatio. Je nachdem das genus, auf welches die Obligatio geht, weiter oder enger ist, scheiden sich folgende Fälle:

a) die Obligatio ist (völlig generell) auf Uebertragung irgend eines Vermögentheils gerichtet, dessen Größe der richterlichen Aestimation anheimfällt,

b) die Obligatio geht auf Cession einer Forderung (von bestimmter Größe) in genere. — (Offenbar ist dies genus hier beschränkter als im ersten Fall.)

c) die Obligatio ist alternativ gestellt.

α) Der Gegenstand der einen Leistung, auf welche eine alternative Verbindlichkeit vorliegt, ist entweder genereller Natur,

a) sei es völlig generell auf Uebertragung irgend

eines Vermögentheils, dessen Größe der richterlichen Aestimation anheimfällt, (die Verpflichtung des Verführers),

b) oder auf Cession einer Forderung (von bestimmter Größe) in genere gerichtet,

β) oder der Gegenstand ist die Cession einer bestimmten Forderung.

2) Der Grund liegt nicht in der Natur der Obligatio, sondern die Obligatio geht entweder auf eine species, oder wenn auch ein genus, doch auf ein solches, in dem die Cession einer Forderung nicht begriffen ist. Hier nun ist der Grund uur zu suchen,

a) entweder in einer Gestattung des Gläubigers.

α) Der Gläubiger hat dem Schuldner gestattet, sich durch Cession einer Forderung in genere zu befreien,

β) der Gläubiger hat dem Schuldner gestattet, sich durch Cession einer (speciell) bestimmten Forderung zu befreien,

b) oder in einer Gestaltung des Gesetzes.

α) Das Gesetz verstattet dem Schuldner, sich durch Cession einer Forderung in genere, oder

β) einer speciell bestimmten Forderung zu befreien.

II. Unfreiwillige Cession, d. h. Cession einer Forderung, auf deren Vornahme der Gläubiger einen rechtlichen Anspruch hatte.

A. Der Anspruch ist in einem Rechtsgeschäft begründet,

1) in einem onerosen Rechtsgeschäft,

2) auf einer causa lucrativa.

B. Der Anspruch ruht auf positiver Vorschrift des Gesetzes.

1) Die gesetzliche Verpflichtung zur Cession schließt sich nicht an ein bereits bestehendes obligatorisches Verhältniß zwischen dem Cessionsberechtigten und Cessionspflichtigen an.

2) Die gesetzliche Verpflichtung schließt sich an ein solches Verhältniß an;

a) sie erweitert den Inhalt des bestehenden obligatorischen Verhältnisses. Hier sind 2 Fälle zu scheiden:

α) die gesetzliche Verpflichtung zur Cession wird von der Ausübung einer bestimmten Berechtigung seitens des Cessionspflichtigen dergestalt abhängig gemacht, daß nur dann eine Verpflichtung eintritt, wenn jene Berechtigung geltend gemacht war. — Vom Standpunkt beider in einem oblig. Verhältniß stehenden Personen erscheint hier die Verpflichtung und Berechtigung zur Cession als eine Erweiterung des obligator. Verhältnisses.

β) die gesetzliche Verpflichtung zur Cession wird nicht von der Ausübung einer Berechtigung abhängig gemacht.

b) Sie verändert den Inhalt der ursprünglichen Verpflichtung und Berechtigung dergestalt, daß an die Stelle derselben die Verbindlichkeit und das Recht auf Cession einer bestimmten Forderung tritt.

§. 3.

Die gesetzliche Haftung des Cedenten.

Die verschiedenen causae der Cession — ihr Einfluss auf die Haftungspflicht.

Wir theilen die Cession zunächst ein in freiwillige und unfreiwillige, nehmen aber den Ausdruck freiwillige Cession in einer andern Bedeutung als gewöhnlich geschieht. „Die Cession ist voluntaria“ sagt Puchta 1) wenn ihre justa causa in einem Rechtgeschäft, welches diese Absicht hat, besteht,“ also z. B. wenn ein Kaufcontract über eine bestimmte Forderung geschlossen ist. Diesen Fall zählen wir zu den unfreiwilligen Cessionen. Allerdings ist die Abschließung jenes Rechtsgeschäfts freiwillig, nicht die Cession, zu der sich der Contrahent vertragmäßig verpflichtet hat. Wie man dazu gekommen ist, die Bezeichnung

1) Bei Weiske S. 639. Vergl. auch Mühlenbruch S. 400 ff., Göschen, Vangerow, Sintenis u. A. — alle diese nach dem Vorgange der Aelteren.

„freiwillige Cession“ in diesem Sinn zu gebrauchen, ist schon am Ende des vorigen Paragraphen angedeutet. In der Regel fällt die Cession äußerlich zusammen mit dem voraufgehenden Rechtsgeschäft, die juristische Betrachtung sonderte beides — das Rechtsgeschäft und die Erfüllung desselben, die Cession nicht; so wurde die Cession als freiwillig bezeichnet, obschon nur der Abschluß des derselben zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts in der Willkür des Cessionspflichtigen stand. Freiwillig ist **nur**, (und immer) **die** Cession, zu deren Vornahme der Cedent rechtlich nicht verbunden war (weder durch ein Rechtsgeschäft, welches ihn zu dieser bestimmten Cession verpflichtete, noch durch positive gesetzliche Bestimmung), sei es daß die Cession gar nicht Erfüllung einer rechtlichen Verbindlichkeit des Cedenten ist, oder wenn Erfüllung einer Verbindlichkeit, doch einer solchen, aus welcher der Gläubiger keinen Anspruch auf Cession einer **bestimmten** Forderung hatte. Mag der Cedent im letztern Fall auch zur Cession einer Forderung von bestimmter Größe in genere verbunden sein, immer liegt nicht ein rechtlicher Anspruch auf die Cession der bestimmten Forderung vor, durch welche der Cedent von seiner Verbindlichkeit sich liberirt, und deshalb ist die Cession auch in solchem Fall eine freiwillige. Um beide Fälle durch eine kurze Bezeichnung zu scheiden, werden wir in Zukunft jenen Fall als absolut, diesen als relativ freiwillige Cession bezeichnen.

I. Die freiwillige Cession zerfällt in zwei Hauptclassen, je nachdem durch sie eine bestehende Verpflichtung des Cedenten erfüllt wird oder nicht.

A. Wir betrachten zuerst die letzte Classe, die absolut freiwillige Cession. Das Eigenthümliche derselben besteht nach dem Vorhergehenden darin, es existirt weder ein rechtlicher Anspruch auf diese bestimmte Cession (freiwillige Cession), noch eine Verbindlichkeit des Cedenten, welche durch dieselbe getilgt wird. — Der Hauptfall ist die Schenkung, bestimmter bezeichnet, der Fall, wo die Cession nicht Erfüllung einer Schenkung (eines Schenkungsversprechens) ist, sondern die Schenkung durch die Cession einer Forderung erfolgt. Weiter die Bestellung einer dos, falls

diese von einem nicht Dotationspflichtigen unmittelbar durch Cession einer Forderung erfolgt [2]), und andere Fälle, z. B. es verpfändet Jemand an seinen Gläubiger, ohne durch Vertrag dazu verpflichtet zu sein, eine ihm zustehende Forderung [3]). — In diesen Fällen wird durch die Cession gar keine Obligatio erfüllt, es gehören zu dieser Classe aber weiter die Fälle, wo Jemand durch die Cession einer Forderung ein bestehendes Forderungsverhältniß tilgt, in welchem nicht er, sondern ein Anderer Schuldner ist. Denken wir uns z. B., es hat sich Jemand zur Cession einer Forderung (von einer bestimmten Größe) in genere, z. B. als Verkäufer zur Lieferung preußischer Creditpapiere zur Größe von 1000 verbindlich gemacht [4]). Wenn ein Dritter jetzt dem Gläubiger zahlt, so ist die Cession, die hierin liegt, zwar Erfüllung einer bestehenden Obligatio, aber nicht einer solchen, in welcher der Cedent Schuldner war.

Fragen wir nach der Haftungspflicht des Cedenten in diesen Fällen, so ergiebt sich die Antwort von selbst. Ist der Cedent nie aus dem Grunde, weil er cedirt hat, zu einer Haftung verpflichtet, entspringt eine solche — abgesehen von Dolus und Vertrag (§. 4) nur aus demselben Grunde, aus welchem auch die Cession vorgenommen ist, so ist klar, daß hier, von jenen besondern Verpflichtungsgründen durch Vertrag und Dolus abgesehen, nie irgend eine Haftungspflicht begründet sein kann. Immerhin mag der Schuldner, der ohne Vertrag zur Verpfändung einer Forderung verpflichtet zu sein, dem Gläubiger dieselbe verpfändet, wenn dieser vom debitor cessus nichts erhalten kann, aus der Obligatio verhaftet sein, zu deren Sicherheit er jene Forderung verpfändete, mit der Cession steht diese Haftung in gar keinem Zusammenhang. Eben so mag in dem letztge-

---

2) Ueber die übrigen Fälle der Schenkung vergl. weiterhin Anm. 89, der Dosbestellung Anm. 91. — Die Rechtfertigung dafür, daß wir diesen Fall als einen besonderen neben der Schenkung hinstellen, liegt darin, daß die Dosbestellung von einer nicht dotationspflichtigen Person zwar eine Schenkung an die Frau ist, aber nicht an den Mann, dem die Forderung cedirt wird.

3) Ich folge der Ansicht, welche in der Verpfändung eines nomen eine bedingte Cession erblickt.

4) Vgl. weiterhin Anm. 8.

dachten Falle, wo jemand durch Cession die Verpflichtung eines Dritten tilgen will, von debitor cessus aber nichts zu bekommen ist ex postfaeto apparere, solutionem non esse factam, und der Gläubiger seinen Schuldner in Anspruch nehmen; gegen den Cedenten hat er keine Klage [5]).

Eines weiteren Beweises für die Richtigkeit der ausgesprochenen Behauptung, als der gegebenen Deduction aus den allgemeinen Principien der Haftung des Cedenten bedarf es nicht. Wer jedoch einen Beleg ans den Quellen verlangen sollte, den vermag ich nur auf l. 18 § 3 D. 39, 5 zu verweisen. Hier wird derjenige, welcher durch Tradition einer Sache (dando) schenkt, von der Verbindlichkeit zur evictionis praestatio freigesprochen; wir werden weiterhin sehen, daß die Haftung für die juristische Realisirbarkeit einer Forderung völlig parallel geht der Verpflichtung zur evictionis praestatio.

B. Die zweite Classe der freiwilligen Cession, die s. g. relativ freiwillige Cession, bilden die Fälle, in welchen zwar keine Verpflichtung auf eine bestimmte Cession vorliegt, gleichwohl aber durch eine bestimmte Cession eine bestehende Verpflichtung des Cedenten gegen den Cessionar getilgt wird. Hier sind zwei Hauptclassen zu scheiden, je nachdem die Möglichkeit, sich durch Cession einer bestimmten Forderung zu befreien, in der (generellen) Natur der Obligatio ihren Grund hat, oder nicht.

1) Zur Betrachtung der ersteren wenden wir uns jetzt. Hier sind 3 Classen zu scheiden:

a) Die Obligatio geht ganz generell auf Uebertragung irgend eines Vermögenstheils, dessen Größe nöthigenfalls die richterliche Aestimation festzustellen hat. Hierher gehört vor Allem die Verpflichtung des Vaters resp. Großvaters, der Mutter ex magna et probabili causa, endlich dessen, der ohne nähere Bezeichnung des Gegenstandes eine dos

5) Voraussetzung ist natürlich, daß der Cedent nicht verpflichtet war, z. B. dadurch, daß er sich für den Dritten verbürgt, die Schuld desselben zu zahlen. Wäre dieses der Fall, so würde er durch die Cession seine eigene Obligatio tilgen (und dadurch auch die des Hauptschuldners) ein Fall, der nicht in diese Classe gehört.

versprochen hat [6]), zur Bestellung derselben. Während in dieser Classe keine Verpflichtung zur Cession einer Forderung vorliegt, obschon die bestehende Obligatio durch Cession getilgt zu werden vermag, so existirt in der zweiten Classe allerdings eine solche Verpflichtung — nur ist sie nicht auf Cession einer bestimmten Forderung gerichtet.

b) Das Eigenthümliche der zweiten Classe besteht nämlich darin, daß die Obligatio auf die Cession einer Forderung von bestimmter Größe in genere geht, auch hier wird durch Cession einer bestimmten Forderung der Schuldner liberirt, ohne daß die Obligatio auf diese bestimmte Cession gerichtet war. — Eine derartige Obligatio kann, wie die Verpflichtung zur Cession einer bestimmten Forderung nicht allein auf Rechtsgeschäften beruhen, Kauf, Schenkung(sversprechen) u. s. w. [7]), sondern auch auf gesetzlicher Vorschrift. Diese letztere Quelle, ergiebig für die Verpflichtung zur Cession einer bestimmten Forderung, fließt hier nur spärlich, es gehört hierher vielleicht als einziger Fall nur die Verpflichtung des Erben zur Cession einer Forderung in genere an den Legatar, dem ein Legat eines nomen (von bestimmter Größe) in genere vermacht ist, sei es, daß der Erblasser selbst mehrere Forderungen von dieser Größe hatte, oder daß er dem Erben die Pflicht auferlegt, in seiner Person eine Forderung von bestimmter Größe zu begründen, (z. B. 100 Rthlr. zu 4 pro Cent mit hypothecarischer Sicherheit), und diese Forderung an einen Dritten (den Legatar) zu cediren. Der Einwand, daß es keine Verpflichtung auf Cession einer Forderuug in genere geben könne, weil der Gegenstand der Obligatio zu unbestimmt sei, ist wohl kaum im Ernst zu besorgen; natürlich bedarf es einer Feststellung der Größe, ist aber die Größe festgesetzt, so ist auch diejenige Bestimmtheit vorhanden, welche zur Entstehung einer Obligatio wesentlich ist. Es

---

6) Vgl. Puchta §. 415 und §. 317. Die Verpflichtung des Verführers zur Dotation gehört in die dritte Classe sub c. Vgl. Anm. 9.

7) Vgl. darüber weiterhin sub II. A und B.

ist doch wahrlich nicht abzusehn, weshalb die Verpflichtung zur Cession einer Forderung (von bestimmter Größe) in genere weniger bestimmt sein sollte, als eine jede andere Obligatio auf ein Genus. Eben so wenig wird man behaupten dürfen, in der Theorie lassen sich wohl dergleichen Fälle denken, im practischen Leben kommen sie wenig oder gar nicht vor [8]).

c) Endlich gehören hierher noch die Fälle einer alternativen Obligatio. Hier scheiden sich wiederum folgende beiden Classen:

α) der Gegenstand der einen Leistung, auf welche eine alternative Verbindlichkeit vorliegt, ist genereller Natur, entweder völlig generell, Uebertragung irgend eines Vermögenstheils, dessen Größe der richterlichen Aestimation unterliegt, — so die Verpflichtung des Verführers, die Verführte entweder zu heirathen, oder zu dotiren [9]) — oder weniger generell, Cession einer Forderung in genere, vorausgesetzt entweder, daß der Schuldner die

---

8) Ich fordere von einem Banquier einen preußischen Obligationenschein auf 1000 ℛ︀ preuß. Cour. Kommen wir überein über den Preis, den ich meinerseits zu zahlen habe, so liegt ein Kaufcontract über ein nomen in genere vor. Hier ist das genus sehr weit, da nicht einmal der Schuldner bestimmt ist, es giebt preußische Staatspapiere, preußische ritterschaftliche Pfand- oder Creditpapiere, städtische Obligationen, u. s. w. Das genus kann aber auch beschränkter sein, indem der Schuldner bestimmt ist, und gleichwohl eine Verpflichtung auf Cession einer Forderung in genere vorliegen, z. B. wenn ich — um bei unserm Falle zu bleiben — 10 preußische Staatsschuldscheine à 1000 ℛ︀ preuß. Cour. gefordert hätte. Es giebt ja eine Menge preußischer Staatspapiere von dieser Größe. Auch ein Kauf von Banknoten gehört hierher. Daß in gleicher Weise ein Tauschcontract, eine in dotem datio, ein Schenkungsversprechen u. s. w. von Forderungen in genere vorkommen kann und alle Tage vorkommt, bedarf keiner Ausführung. Immerhin mag bei den Römern ein Vortrag über ein nomen in genere zu den Seltenheiten gehört haben, heut zu Tage, wo Forderungen eben so gut Gegenstand des Verkehrs sind als Sachen (vgl. Beilage II a. E.) gewiß nicht.

9) Vgl. Puchta § 317. Ich habe vorausgesetzt, was hier nicht weiter dargelegt werden kann, daß hier eine alternative Obligatio vorliegt, nicht eine facultas alternativa, was allerdings von practischer Bedeutung sein kann.

Wahl hat, oder wenn der Gläubiger, daß dessen Wahl auf Cession einer Forderung in genere fällt.

β) Der Gegenstand ist Cession einer bestimmten Forderung. Hier ist freilich Voraussetzung, daß der Schuldner die Wahl hat, sonst würde begreiflicher Weise die Cession in Folge einer solchen Obligatio nicht unter die Kategorie der freiwilligen Cessionen fallen.

Indem wir uns jetzt von der Betrachtung der einzelnen Classen, in welche die erste Hauptabtheilung der s. g. relativ freiwilligen Cession zerfällt, zur Erörterung der Haftungspflicht wenden, haben wir zunächst den Unterschied der hierher gehörigen Fälle rücksichtlich der Haftung des Cedenten von allen übrigen Cessionsfällen im allgemeinen anzugeben. Auf das Verhältniß dieser ersten Hauptabtheilung der relativ freiwilligen Cession, wo die Möglichkeit für den Schuldner, sich durch Cession einer Forderung zu befreien, ohne daß die Obligatio auf die Cession dieser bestimmten Forderung geht, in der (generellen) Natur der Obligatio liegt, zu der zweiten Hauptabtheilung, wo jene Möglichkeit einen anderen Grund hat, als die (generelle) Natur der Obligatio, rücksichtlich der Haftung des Cedenten, werden wir bei der zweiten Hauptabtheilung eingehn. Demnach haben wir nur das Verhältniß zu der absolut freiwilligen, wie zu der unfreiwilligen Cession kurz darzulegen.

Das Gemeinsame unserer Classen mit der absolut freien Cession besteht darin, daß in beiden Malen keine Obligatio auf die Cession einer in specie bestimmten Forderung vorliegt, der Unterschied ist, daß in dem einen Falle gar keine Obligatio zwischen dem Cedenten und Cessionar existirt, welche durch die Cession getilgt werden sollte, in dem andern dagegen der Cedent durch die Cession Erfüllung einer ihm obliegenden generischen Verbindlichkeit beabsichtigt. Eben hierin ist auch der Unterschied in der Haftung begründet. Im ersten Fall kann von keiner Haftung die Rede sein; im zweiten regelmäßig sogar für die factische Exigibilität der Forderung, weil eine factisch inexigible Forderung regelmäßig gar nicht in dem genus begriffen ist, welches in obligatione war. — Das Gemeinsame mit der unfreiwilligen Cession in ihren beiden Gestaltungen ist, daß

eine Verpflichtung des Cedenten existirt, welche durch Cession einer bestimmten Forderung nach der Absicht des Cedenten getilgt werden soll, der Unterschied, daß diese Verpflichtung bei der unfreiwilligen Cession auf die Vornahme dieser bestimmten Cession gerichtet ist, während in unseren Fällen keine Verpflichtung auf die Cession einer in specie bestimmten Forderung vorhanden ist. Damit hängt zusammen, daß in jenem Fall, selbst wenn noch eine Haftung des Cedenten Platz greift, doch der nächste, nur noch nicht der volle Inhalt der Obligatio durch die Cession erschöpft ist, während hier die Sache so steht, daß, falls der Cessionar den Cedenten in Anspruch nehmen kann, auch nicht der nächste Inhalt der Obligatio erfüllt ist, sondern es sich hinterher offenbart, die cedirte Forderung sei gar nicht in dem genus enthalten gewesen, welches in obligatione war. Dort ist der Cedent verpflichtet nach Analogie der evictionis praestatio, hier ist voneiner solchen Analogie nicht die Rede, was wir nachher weiter auszuführen haben. Weiter hängt damit zusammen, daß während dort regelmäßig entweder gar keine Haftung des Cedenten (bei der Classe der unfreiwilligen Cession, wo die Verpflichtung auf gesetzlicher Vorschrift beruht), oder nur eine Haftung für die juristische Realisirbarkeit der Forderung (bei der andern Classe) Statt hat, hier der Cedent in der Regel selbst für die factische Realisirbarkeit einstehen muß. Endlich daß, wenn dort die Frage aufgeworfen wird, ob der Cedent für die factische Realisirbarkeit hafter, diese nur nach dem Zeitpunkt zu bestimmen ist, wo die Verpflichtung entstand [10], während hier die Zeit, wo die Cession geschieht, berücksichtigt werden muß [11], da hier eine solche Haftung nur darin ihren Grund haben kann, daß die cedirte Forderung nicht in dem genus begriffen ist, welches in obligatione ist, und begreiflich hinsichtlich dieser Frage nur die Zeit in Berücksichtigung kommt, wo die Cession geschieht [12].

---

10) Vergl. oben § 2, Anm. 8 und weiter unten § 3, Text vor Anm. 82.

11) Hiervon kommt nur eine Ausnahme vor, nämlich bei der einen Art der obligatio alternativa. Vergl. weiterhin Text vor Anm. 34.

12) Von einer zweiseitigen Ausscheidung vor der Cession selbst wird in derartigen Fällen wohl kaum die Rede sein können.

Wir haben jetzt die Haftungspflicht des Cedenten in der ersten Hauptabtheilung der relativ freiwilligen Cession genauer zu erörtern. Diese zerfällt nach unserer Ausführung in drei Classen, die practische Bedeutung dieser Theilung für die Haftungspflicht wird sich weiterhin herausstellen. Vergl. weiterhin den Text bei Anm. 24.

Die erste Classe bilden die Fälle, wo die Obligatio völlig generell auf Uebertragung irgend eines Vermögenstheils, dessen Größe nöthigenfalls durch richterliche Aestimation zu bestimmen ist, in das Vermögen eines Andern gerichtet ist, — die Verpflichtung des Vaters u. s. w. zur Bestellung einer Dos. Wenn dieses durch Cession einer Forderung geschieht, wie ist die Haftung des Cedenten zu bestimmen?

Gewiß können wir nach allgemeinen Principien, die wir bei der folgenden Classe näher darlegen werden, nur sagen: der Cedent haftet selbst für die factische Realisirbarkeit, weil die Obligatio, wenn sich hinterher zeigt, daß vom Debitor cessus nichts zu bekommen ist, nur scheinbar durch die Cession erfüllt war. Dieser Behauptung scheint aber eine Stelle zu widersprechen, die l. 71 D. 21, 2: Aus dieser Stelle haben Viele[13]) den Schluß gezogen, daß der Vater seiner Verpflichtung zur Dotation vollkommen genügt habe, wenn er ein seinem Werthe nach hierzu geeignetes Object in dotem gegeben habe, falls dasselbe auch später von einem Dritten evincirt worden; für die Eviction hafte er nicht[14]). Wäre dieses

---

13) Glück Bd. 25, S. 90—93. — Zimmern civil. Archiv, Bd. 2, S. 103 ff. — Roßhirt Zeitschr. für Civil- und Criminalrecht, Bd. 2, Heidelberg 1837, S. 437. — Vangerow Bd. 1, S. 316 f. u. A.

14) Man verkehrt den richtigen Gesichtspunkt, wenn man die Haftungspflicht für diesen Fall als eine Verpflichtung zur Redotation faßt, und die Frage demgemäß so stellt: ist der Vater zur Redotation verpflichtet, wenn das, was in dotem gegeben, evincirt wird? Die Folgen dieser verkehrten Fassung treten unter andern bei Roßhirt a. a. O. hervor, der die Sache dadurch entscheiden will, daß er geltend macht, es bestehe nur die Pflicht ad dotem constituendam, nirgends sei die Ergänzung und Wiederherstellung der gegebenen dos geboten. Die Frage ist ja aber die, ob wirklich oder nur scheinbar durch Hingabe einer res corporalis, die evincirt worden, oder durch Cession einer Forderung, die juristisch nicht exigibel ist, die Pflicht ad dotem

richtig, so müßten wir nach der weiter unten erfolgenden Ausführung [15]) für den Fall, daß er ein nomen in dotem cedirt habe, behaupten, er brauche nicht einmal für die juristische, geschweige denn für die factische Realisirbarkeit desselben einzustehn. Allein aus unsrer Stelle läßt sich jene Folgerung nicht ableiten. Man argumentirt nämlich so: Der Jurist ist offenbar in Verlegengeit, ein Interesse des Vaters daran nachzuweisen, daß dem Schwiegersohn der in dotem gegebene fundus nicht evincirt werde, er ist hierzu so wenig im Stande, daß er am Ende auf die paterna affectio recurriren muß. Würde der Vater für die Eviction zu haften haben, so wäre dieses unerklärlich. Man hat hiergegen eingewandt, auch dem besten Juristen passire es zuweilen, daß er einen schlechten Grund anführt. Gewiß die letzte Aushülfe! Immer wird dagegen gesagt werden können: wie war es möglich, daß Paulus an die Haftung des Vaters für diesen Fall nicht dachte, und, wenn er daran dachte, daß er dieselbe nicht geltend machte, um das Interesse desselben nachzuweisen. Gleichwohl wird, wie ich glaube, folgende Betrachtung uns überzeugen, daß diese Stelle mit der Annahme einer solchen Verpflichtung durchaus in keinem Widerspruch steht.

Paulus will hier eine Begründung für den Satz geben, daß der Vater, wenn das seinem Schwiegersohn in dotem gegebene Grundstück von einem Dritten evincirt worden, seinen Auctor wegen Eviction in Anspruch nehmen kann. Bedenklich erschien hier, daß dem Vater ein rechtliches Interesse fehle. Wollte der Jurist nun für den Satz: Der Vater kann von seinem Auctor die evictionis praestatio verlangen, ein Interesse nachweisen, so konnte er dieses nur so thun, daß er ein Interesse hervorhob, welches nicht blos in dem einen Fall Statt fand, in dem andern nicht, sondern in allen Fällen eintreten

---

constituendam erfüllt ist. Im Grunde ist es auch nicht richtig, von einer eigentlichen evictionis praestatio in diesem Fall zu sprechen — darüber nachher. Immerhin mögen wir uns vorläufig dieses Ausdrucks bedienen.

15) Vgl. unten Text zwischen Note 60 und 73.

mußte. Das Erstere würde er aber gethan haben, wenn er geltend gemacht hätte, daß ihm selbst die Verpflichtung zur Evictionsleistung obliege. Denn für die Eviction hat er doch nie in dem Falle zu haften, wo er nicht zur Dotation verbunden war, wenn, um ein Beispiel zu nehmen, die Tochter selbst reich war. Oder auch dann nicht, wenn er schon auf andere Weise reichlich seiner Verpflichtung nachgekommen war. So gut wie Paulus zuerst die Aussicht des Vaters geltend macht, die spes recipiendae dotis, konnte er freilich auch die Verpflichtung hervorheben, für die Eviction zu haften, ja dieses lag ungleich näher — aber genügend war es so wenig, wie jenes. Will der Jurist ein Interesse anführen, welches in allen Fällen da war, so konnte dieses nur das Affectionsinteresse, die paterna affectio sein.

Wir sehen, die Stelle steht in keinem Widerspruch mit der Annahme, daß der zur Bestellung einer dos verpflichtete Vater für die Eviction der in dotem gegebenen res corporalis haftet, es sei denn, daß er außerdem schon seine Verpflichtung in genügender Weise erfüllt hat. Die aufgeworfene Frage wird also nach allgemeinen Principien zu entscheiden sein, und nach diesen kann die Entscheidung nur dahin ausfallen: Der Vater, der zur Dotation verpflichtet ist, hat nur scheinbar seine Verpflichtung erfüllt, wenn er eine Sache als dos hingiebt, die evincirt wird [16]). In gleicher Weise wird er denn auch für die juristische Realisirbarkeit der in dotem cedirten Forderung haften, ja selbst für die factische Möglichkeit der Realisirung, weil in den Fällen, wo der Debitor cessus zur Zeit der Cession insolvent ist, oder sich fortbegeben hat, der Satz eintritt; ex postfacto apparet, solutionem non esse factam. Die weitere Begründung bei der zweiten Classe, zu der wir uns jetzt wenden.

Diese besteht aus den Fällen, in denen eine Verpflichtung auf Cession einer Forderung von bestimmter Größe in genere Statt hat, gleichgültig, ob das genus weiter (z. B. preuß. Creditpapiere) oder enger ist (z. B. preuß. Staatsschuldscheine), gleichgültig, auf welchem Grunde die Obligatio beruht. Die

16) Dies erkennt auch z. B. Vangerow an a. O.

Frage ist, wie ist in diesen Fällen die Haftung des Cedenten zu bestimmen, bestimmter ausgedrückt: wie muß eine Forderung beschaffen sein, damit durch deren Cession nicht scheinbar, sondern wirklich eine Erfüllung der Verpflichtung des Cedenten eintritt?

Zunächst weise ich hin auf den Ausspruch Ulpians l. 11, § 1, D. 19, 1. Was er dort von der Klage aus dem Kaufcontract sagt quum enim sit bonae fidei judicium, nihil magis bonae fidei congruit, quam id praetari, quod inter contrahentes actum est, gilt heut zu Tage von allen Verträgen. Daß nun in dubio — natürlich kann durch Vertrag (ausdrücklich oder stillschweigend) ein Anderes bestimmt sein, ein Fall, mit dem wir es hier noch nicht zu thun haben — die Intention der Parteien auf die Verpflichtung zur Cession einer juristisch wie factisch exigibeln Forderung geht, wird gewiß nicht bezweifelt werden können. Wird mithin eine in der einen oder andern Beziehung mangelhafte Forderung cedirt, so wird damit die Obligatio nur scheinbar getilgt. Was Labeo l. 29, § 3, D. de leg. III, von dem Fall eines generischen Vermächtnisses sagt, daß, wenn der Erbe aus dem vermachten genus ein Individuum gegeben, was später evincirt worden: non videtur heres dedisse, das gilt in einem weitern Umfang nicht nur von dem Fall, wo das geleistete Object wegen eines juristischen, sondern auch wegen eines factischen Mangels unbrauchbar ist. Um zu diesem Resultat zu gelangen, brauchen wir nicht erst darauf hinzuweisen, daß bei einem generischen Vermächtniß die ausdrückliche Vorschrift existirt, heres tenetur, ut non pessimum det [17]), also, wenn ein wegen eines factischen Mangels unbrauchbarer Gegenstand hingegeben ist, die Obligatio nicht erfüllt ist, und daß dieses um so mehr bei einer durch ein oneroses Rechtsgeschäft erworbenen Berechtigung gelten muß: es liegt in der Natur der Sache, daß bei einer generischen Verpflichtung der Schuldner durch die Leistung eines Gegenstands nicht liberirt werden kann, der nicht die vereinbarten Eigenschaften hat. Non videtur debitor dedisse.

---

17) Vgl. L. 110, D. de leg. I, über welche Stelle weiterhin.

Demgemäß kann bei einer generischen Verpflichtung zur Leistung einer Sache auch weder von einer eigentlichen evictionis praestatio die Rede sein, noch von einer Haftung aus dem ädilicischen Edict. Beide Arten der Haftung setzen eine Verpflichtung zur Leistung einer species voraus. Hier nämlich kann der Gläubiger in keinem Fall dem Schuldner entgegen halten, das geleistete Object sei nicht das gemeinte, vereinbarte; die Obligatio ging ja eben auf diese species; nur dadurch ist eine Haftung hier möglich, daß in den Inhalt der Verbindlichkeit noch ein Mehreres aufgenommen wird, die Haftung für die juristische oder selbst die factische Güte, so daß der Gläubiger den Schuldner nur in der Weise in Anspruch zu nehmen vermag, daß er ihm entgegenhält: Du hast zwar den nächsten Inhalt der Obligatio erfüllt, aber zum vollen Inhalt gehört die Haftung sei es für die juristischen oder factischen Mängel. Dieses nun, daß in den Inhalt der Verpflichtung ein Mehreres aufgenommen worden, ist erst in der weitern Entwickelung der Jurisprudenz geschehen, seitdem sich die Verpflichtung zur evictionis praestatio und beim Kauf- und Tauschcontract die Haftung aus dem ädilicischen Edict herausbildete [18]. Hier bedurfte es jener positiven Bestimmungen. Anders, wo die Verpflichtung auf ein genus ging. War eine species als Erfüllung derselben geleistet, die nicht die vereinbarten Eigenschaften hatte, so zeigte sich eben dadurch, daß sie nur scheinbar, nicht wirklich in dem genus enthalten war, das in obligatione war. Wird z. B. hinterher die geleistete species evincirt, so offenbart sich, daß der Schuldner dadurch die Obligatio nicht getilgt hatte. Er haftet somit auch hier für die Eviction, aber seine Haftung ist nicht diejenige Haftung, welche im Titel der Digesten als evictionis praestatio besprochen wird mit allen ihren Eigenthümlichkeiten. In diesem Sinn habe ich vorhin gesagt, daß hier keine eigentliche evictionis praestatio eintrete. Hier haftet er, weil er leisten muß, und noch gar nicht geleistet hat; dort, weil er zwar den nächsten Inhalt der Obli-

18) Vgl. darüber weiterhin Text zwischen Note 80 und 84 und Beilage II gegen Ende.

gatio erfüllt hat, aber nicht die weitern Verbindlichkeiten, welche dieselbe ihm auflegt. Hier muß er ein anderes Object leisten, wenn nicht etwa der Gläubiger kein Interesse mehr daran hat, daß der ursprüngliche Inhalt der Obligatio erfüllt werde, und darum der Inhalt der Obligatio verändert wird; dort geht der Anspruch des Gläubigers sofort auf sein Interesse. — Dieselbe Verschiedenheit, wie in der Haftung des Veräußerers für die juristischen Mängel, je nachdem die Obligatio auf eine species oder ein genus geht, offenbart sich bei der Haftung für die factischen Mängel. Ist die Verpflichtung auf eine species gerichtet, so tritt nur beim Kauf- und Tauschcontract eine in mancher Hinsicht eigenthümlich bestimmte [19]) Haftung ein vermöge der Vorschriften des ädilicischen Edicts. Anders wo die Verpflichtung auf ein genus geht, hier greift das ädilicische Edict nicht ein, ebensowenig findet die Beschränkung der Haftung auf den Fall des Kauf- und Tauschcontracts Anwendung. Hier steht die Sache vielmehr so: Entspricht die geleistete species nicht den Vereinbarungen — in dubio ist vorauszusetzen, daß die Parteien über die Verpflichtung und Berechtigung auf Leistung eines juristisch und factisch mangellosen Objects übereingekommen sind — so ist die Obligatio gar nicht erfüllt.

Eine äußere Bestätigung für die Richtigkeit unserer Entwickelung liegt darin, daß sowohl in den Titeln über das ädilicische Edict [20]) (D. 21, 1. Cod 4, 58), als auch in den Titeln de evictionibus [21]) (D. 21, 2. Cod 8, 45) durchgängig

19) Vgl. Beilage II gegen Ende.

20) Vgl. Thöl Handelsrecht S. 291.

21) Nur eine Stelle in dem Pandectentitel de evictionibus spricht von einer generischen Verpflichtung, 58 D. 21, 2, Heres servum non nominatim legatum tradidit, et de dolo repromisit; postea servus evictus est. Agere, heißt es weiter, cum herede legatarius ex testamento poterit, quamvis heres alienum esse servum ignoraverit. Aber hier ist auch mit keiner Sylbe angedeutet, daß eine eigentliche evictionis praestatio (in dem dargelegten Sinn) eintrete. Vielmehr besagt diese Stelle nichts Anderes, als die bereits angeführte L. 29, § 3, D. de leg. III. Si heres tibi, servo generaliter legato, Stichum tradiderit, isque a evictus fuisset, posse te ex testamento agere, Labeo scribit, quia non videatur heres dedisse, quod ita dederat,

eine species als Object des Vertrages vorausgesetzt wird. Der schlagendste Beweis aber für die Richtigkeit unsrer Ansicht liegt in den mitgetheilten Stellen, l. 29. § 3, D. de leg. III. und l. 58 D. 21, 2. Dort wird ausgeführt, der Legatar könne aus dem Testament gegen den Erben klagen, der bei einem Legat eines Sclaven in genere, als Erfüllung einen Sclaven gegeben, der später evincirt worden. Nun aber ist anerkannt, daß bei dem Legat einer species keine Verpflichtung für evictionis praestatio Platz greift [22]) — Beweis genug dafür, daß die Verpflichtung, für die Eviction aufzukommen, eine andere ist da, wo die Verbindlichkeit auf ein genus gerichtet ist, als wo dieselbe auf eine species geht. Wo ein genus in obligatione ist, tritt also die eigentliche evictionis praestatio in dem oben ausgeführten Sinn nicht ein [23]).

Unser Resultat ist, daß bei einer Verpflichtung, die auf Leistung einer Sache in genere geht, weder die eigentliche evictionis praestatio, noch die Klagen aus dem ädilicischen Edict Platz greifen, sondern daß, wenn die hingegebene Sache juristisch oder factisch mangelhaft ist, die generische Obligatio gar nicht erfüllt ist, weil die hingegebene species nicht in dem genus enthalten ist, welches in obligatione war. Dieses Re-

---

ut habere non possis. In jenem Fall kann also der Legatar cum herede agere ex testamento, nicht auf eine eigentliche evictionis praestatio, sondern daß er ihm einen servus leiste, da durch Tradition des geleisteten, später evincirten servus die Obligatio gar nicht erfüllt ist. Unmöglich wird man doch daraus, daß die obige Stelle in dem Titel steht, wo von der eigentlichen evictionis praestatio die Rede ist, folgern, daß dieselbe auch hier Platz greifen müsse. Noch viel weniger wird man ein Argument für jene Ansicht daraus entnehmen können, daß auch in diesem Falle, wie in dem Falle, wo die eigentliche evictionis praestatio eintritt, die Litisdenunciation nothwendig ist.

22) L. 45, § 2, de leg. I.

23) Man wird unmöglich sagen wollen, daß bei einer Obligatio auf ein genus in der Annahme einer species als Erfüllung von Seiten des Gläubigers eine Novation der frühern generellen Obligation in eine Obligatio auf diese species, und die Erfüllung der letztern liege. Möglich ist dieses, aber dann muß der Wille der Parteien, die generische Obligatio noviren zu wollen, bestimmt ausgesprochen sein.

sultat ist für unsere weitere Untersuchung von der größten practischen Wichtigkeit. Zunächst ergiebt sich, daß die Verpflichtung, für die juristische Güte der hingegebenen Sache zu haften, bei generischen Obligationen nicht in die Schranken eingeengt ist, wie die Verpflichtung zur eigentlichen evictionis praestatio; die letztere findet nicht Statt, wo die Berechtigung auf einer causa lucrativa beruht (Legat, Schenkungsversprechen). Anders bei der ersteren. Es ist schon gezeigt, daß bei dem Legat eines genus der Erbe haften muß für die juristische Tauglichkeit der hingegebenen species; weiter unten werden wir dasselbe sehen bei dem Schenkungsversprechen eines genus. Von ungleich größerer Bedeutung ist, daß die Verpflichtung, für die factische Güte zu haften, bei einer generischen Obligatio in viel größerem Umfang eintritt, als die Anwendbarkeit der ädilicischen Klage reicht. Bei generischen Obligationen sind demnach die Bestimmungen der Titel de evictionibus und de aedilicio edicto ganz unberücksichtigt zu lassen. Wir fragen einfach, wenn keine besondere Beredungen der Parteien vorliegen; was ist die Absicht der Parteien bei Constituirung einer generischen Obligatio? In Dubio gewiß, daß das Object keine Mängel haben soll, weder juristische noch factische. Ist also eine species mit derartigen Mängeln hingegeben, so ist diese species in dem genus nicht enthalten. Die Obligatio ist nicht getilgt. So haftet der Schuldner in diesem Falle selbst für die factische Güte.

Die Anwendung auf die Fälle, wo die Obligatio auf Cession einer Forderung (von bestimmter Größe) in genere geht, ist leicht. Die cedirte Forderung muß nicht allein keine juristischen, sondern auch keine factischen Mängel haben, damit die Obligatio erfüllt sein soll, mit anderen Worten, der Cedent hat hier selbst für die factische Realisirbarkeit der cedirten Forderung zu haften. Nur dann tritt natürlich ein Anderes ein, wenn das ganze genus schlecht ist, was gerade hier nicht selten vorkommen wird [24]. Um bei

---

24) Darnach ist allerdings die Haftung des Cedenten eine andere in der zweiten Klasse wie in der ersten.

den früher gegebenen Beispielen stehen zu bleiben, so hat der Banquier, mit dem ich einen Kaufcontract über eine bestimmte Anzahl preußischer Creditpapiere à 1000 Rthlr. preuß. Crt. abgeschlossen habe, auch wenn er in bona fide ist, sich nicht dadurch liberirt, daß er mir Obligationen cedirt (z. B. preußische städtische Obligationen), die gegen einen Schuldner gehen, der zur Zeit der Cession insolvent ist, oder dessen Vermögensumstände der Art sind, daß der Cours der Papiere ein sehr niedriger ist. Ich werde mir die Cession dieser Obligationen als Erfüllung nicht gefallen zu lassen brauchen, und wenn ich dieselben angenommen habe, ohne jenen Umstand zu kennen[25]. so kann ich deshalb den Banquier (den Cedenten) in Anspruch nehmen. Anders aber, wenn ich preußische Staatspapiere forderte — ist hier das ganze genus schlecht, so tritt begreiflicher Weise keine Haftung für die factische Realisirbarkeit ein. Denn diese kann nur darauf beruhen, daß der Cessionar geltend machen kann: die mir cedirte Forderung ist re vera gar nicht in dem genus enthalten, welches in obligatione ist, was hier natürlich nicht angeht.

Die Anwendung dieser Grundsätze auf die Fälle, wo ein oneroses Rechtsgeschäft vorliegt, wird keinen begründeten Widerspruch erfahren können. Bedenklich könnte die Ausdehnung auf die generischen Obligationen erscheinen, welche für den Berechtigten eine causa lucrativa enthalten. Daß sie jedoch unbedingt auch hier gelten, werden wir im Folgenden nachzuweisen suchen, und zwar nach den beiden Seiten, daß auch hier der Cedent für die juristische, wie die factische Realisirbarkeit einsteht, wenn die cedirte Forderung Mängel in der einen oder anderen Beziehung hat.

Daß der Erbe dem Legatar bei dem legatum generis für die juristische Güte einstehen muß, ist nicht geläugnet worden, und schon aus den mitgetheilten Stellen[26]) unzweifelhaft.

---

25) Denn kenne ich ihn, so muß ich die Cession als Erfüllung gelten lassen. Darin liegt denn aber eine Vereinbarung der Parteien vor, von der wir hier absehen.

26) Vergl. Anm. 21.

Je weniger hier Etwas gegen die ausdrücklichen Zeugnisse der Quellen mit allgemeinem aus vermeinter Billigkeit hergenommenen Raisonnement auszurichten war, desto eifriger waren nicht Wenige bemüht, wenigstens im Fall des Schenkungsversprechens eines genus, den Schenker von der Haftung für die Eviction der als solutio hingegebenen Sache freizusprechen[27]. Allein die Unhaltbarkeit dieser Ansicht ist von Koch, Glück, besonders von Schweppe und Vangerow[28]) so gründlich nachgewiesen, daß wir uns des Eingehens hierauf füglich überheben können. Es wird demnach auch der Cedent, falls das Schenkungsversprechen auf eine Forderung (von bestimmter Größe) in genere ging, für die juristische Realisirbarkeit zu haften haben; eine Forderung, die juristisch nicht zu realisiren ist, war nicht in dem genus inbegriffen, welches in obligatione war.

Wenn wir aber in diesen Fällen weiter behaupten, der Tradent wie der Cedent hat sogar für die factische Güte der tradirten Sache oder cedirten Forderung einzustehen, so haben wir zunächst auf die betreffenden Stellen in den Quellen näher einzugehen, L. 45, §. 1 D. de leg. I. und L. 110 D. ibid. Die letztere von African herrührende Stelle lautet:

> Si heres generaliter servum, quem ipse voluerit, dare jussus, sciens furem dederit, isque furtum legatario fecerit, de dolo malo agi posse ait. Sed quoniam illud verum est, heredem in hoc teneri, ut non pessimum det, ad hoc tenetur, ut et alium hominem praestet, et hunc pro noxae dedito relinquat.[29])

Betrachten wir zunächst den Schluß der Stelle von den Worten sed quoniam an, so ist klar, daß African hier einen Fall setzt, wo der Erbe generaliter servum dare jussus, ohne

27) So Thibaut, Unterholzner, Göschen u. A.

28) Vergl. des letzten Pandekten III. S. 333 ff., woselbst auch die betreffenden Schriften allegirt sind.

29) Die Entschuldigung dafür, daß ich bei dieser Stelle länger verweile, liegt in der Wichtigkeit derselben für unsern Zweck, verbunden mit dem Umstand, daß ich die gegebene Erklärung nirgends gefunden habe.

es zu wissen, einen servum furem hingegeben hat. Ich lege kein Gewicht darauf, daß der Jurist für die Verpflichtung des Erben einen andern Sclaven hinzugeben, einen Grund geltend macht, der auch für den Fall zutrifft, wenn er, ohne es zu wissen, einen fur hingegeben hatte, ad hoc tenetur, ut non pessimum det, d. h. der Erbe ist verpflichtet, zur Leistung eines, wenn auch nicht besondern, doch auch nicht schlechten Sclaven; hat er einen fur dem Legator tradirt, so hat er damit seiner Verbindlichkeit nicht Genüge gethan. Aber aus der Entscheidung, der Erbe sei wegen des geschehenen Diebstahls zu nichts Weiterem verpflichtet, als daß er den Sclaven pro noxae dedito relinquat, folgt dieses mit Nothwendigkeit. Es ist die Entscheidung nämlich nur von der Voraussetzung aus zu erklären, daß der Erbe nicht in dolo war. Bekanntlich haftet der Dominus eines Sclaven für einen Schaden, den dieser angerichtet hat, kann sich aber, falls er selbst nicht in culpa ist, durch noxae deditio des Sclaven befreien. Würde also der Erbe in unserm Fall Herr des Sclaven sein, der das furtum begangen, so wäre die Entscheidung des Juristen nicht auffallend. Allein eben der Bestohlene selbst ist der Eigenthümer. Wie ist diese Entscheidung zu rechtfertigen?

Sehen wir einmal von diesem Fall ab und nehmen folgendes Beispiel: Der Eigenthümer des Sclaven verkauft denselben einem Andern. Gleich nach geschehenem Kaufcontract vor der Tradition fügt der Sclave einem Dritten einen Schaden zu ohne Schuld des Verkäufers. Hier ist der Umstand, daß der Sclave jene Beschädigung angerichtet, als eine Verminderung seines Werthes aufzufassen — eine Auffassung, die manchen Stellen der Quellen entschieden zu Grunde liegt. Es ist also casuell der Werth des Kaufobjects verringert. Der Schade trifft den, den auch ein etwaiges commodum getroffen hätte, den Käufer. Würde also der Beschädigte den Verkäufer belangen und noch vor der Tradition mit ihm Litem contestiren (L. 20. 28, D. 9. 4.), so müßte der Verkäufer zwar den Werth ersetzen, oder den Sclaven hingeben, würde aber in dem zweiten Fall nichts desto weniger vom Käufer das Pretium, im ersten noch Ersatz des Gezahlten fordern können, vorausgesetzt, daß

er hierbei sich keiner culpa schuldig machte (vielleicht den Sclaven, der 100 werth ist, für einen Schaden von 10 hingab.) — Wenn aber der Verkäufer den Sclaven vor Anstellung der Klage dem Käufer übergeben würde, und jetzt der Beschädigte sich an den Käufer hielte, so hätte dieser natürlich keinen Regreß gegen den Verkäufer, wie es der Fall gewesen sein würde, wenn der Kaufcontract erst nach jenem angerichteten Schaden abgeschlossen wäre. Ob nun aber der verkaufte Sclave einem Dritten den Schaden zugefügt hat, oder dem Verkäufer selbst, ist ganz gleich; eben weil das Periculum der Verschlechterung den Käufer jetzt trifft, ist derselbe auch hierfür verantwortlich, es kann der Verkäufer in diesem Fall den Käufer in Anspruch nehmen, d. h. er kann das Pretium fordern, wenn noch nicht bezahlt ist, und den Sclaven so lange zurückbehalten, bis der Käufer ihn entschädigt wegen des angerichteten Schadens. Er könnte ja, wenn er wollte, den Sclaven tradiren, und jetzt gegen den Käufer klagend auftreten; dieser würde ihm nicht die exceptio doli entgegensetzen können, da die Verpflichtung auf Leistung des Sclaven vor Eintritt der beschädigenden Handlung entstanden war.

Damit sind wir denn der in unserer Stelle 110 D. de leg. I. gegebenen Entscheidung ganz nahe gerückt. Wenn wir darthun können, daß der Legatar verbunden ist, den hingegebenen Sclaven an den Erben zurück zu tradiren, und daß diese Verpflichtung schon vor dem angerichteten Schaden eingetreten ist, so ist unsere Stelle vollkommen aufgehellt. Dieses läßt sich leicht zeigen. Der Erbe war verbunden, einen gehörig beschaffenen Sclaven zu liefern. Durch die Tradition jenes servus fur war er nicht liberirt. So wie nun aber die Obligatio durch die Leistung jenes Sclaven an den Legatar von Anfang an nicht erfüllt war, so war von Anfang an auch die Pflicht für den Legatar vorhanden, jenen Sclaven dem Erben zurückzutradiren. Die Gefahr der Verschlechterung trug also der Erbe.

Damit ist die Entscheidung des Juristen vollkommen gerechtfertigt — aber von der Voraussetzung aus, daß der Erbe nicht die Eigenschaft des hingegebenen Sclaven als fur kannte. Denn nur unter dieser Voraussetzung ist die

Möglichkeit gegeben, daß der Erbe sich durch noxae deditio befreien konnte; nur in diesem Fall gilt das: non debet ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxae eum dedat[30]. Die Entscheidung wäre in keiner Weise zu rechtfertigen, wenn ein Dolus des Erben Voraussetzung wäre.

Also von den Worten sed quoniam et cet. setzt African voraus, daß dem Erben die Eigenschaft des Sclaven als fur nicht bekannt, daß er nicht in dolo war. Und hierauf weiset auch der Uebergang durch sed hin, welches die darauf folgende Erörterung in einen Gegensatz zu der früheren stellt, wo der Fall gesetzt war, daß der Erbe dolose verfuhr.

Wie ist nun dieser Gegensatz bestimmt zu denken? African führt in den Anfangsworten die Ansicht eines Juristen an, der für den Fall, daß ein Erbe, generaliter servum dare damnatus, doloser Weise einen fur gegeben, eine Haftung des Erben aus diesem seinen Dolus statuirt. Gewiß richtig — allein diese Behauptung schien die Meinung zu involviren, als ob außer jenem Fall des Dolus keine Haftung des Erben Statt hatte. Das will African in Abrede nehmen. Der Grundsatz ist: Der Erbe ist verpflichtet, ut non pessimum det, hat sich also durch Leistung eines fur nicht liberirt. Wahr ist, African hebt im Folgenden nicht ausdrücklich hervor, daß er von einem Fall rede, wo der Erbe nicht in dolo ist, er giebt dieses aber deutlich genug durch das „sed" und vor Allem durch die gegebene Entscheidung selbst zu verstehen. Darf dieses bei African befremden?

African behauptet demnach, daß der Erbe im Fall eines legatum generis selbst für die factische Güte der hingegebenen Sache zu haften habe. Wir können aber aus seinen Worten ziemlich sicher vermuthen, daß es abweichende Ansichten gab. Wirklich tritt uns eine solche in der von Pomponius herrührenden L. 45 §. 1 D. de leg. I. ganz bestimmt entgegen.

Das Resultat, welches wir aus den Quellen gewinnen, ist also: Es gab unter den römischen Juristen abweichende Meinungen über die Frage, ob der Erbe bei einem legatum generis

---

30) L. 2 pr. D. 9, 4.

für die factische Güte der hingegebenen Sache hafte. Unter diesen Umständen werden wir der Meinung den Vorzug geben müssen, die sich aus allgemeinen Rechtsprincipien als die consequentere ergiebt. Wenn nun aber die Haftung des Veräußerers für die factische Güte, im Fall die Obligatio auf einem onerosen Titel beruhte, dadurch begründet ist, daß er durch die Hingabe eines factisch mangelhaften Objects seine Obligatio nicht getilgt hat, weil jene species nicht in dem genus enthalten war, welches in obligatione war — kann dieses anders sein da, wo die Berechtigung auf einer causa lucrativa beruht? Wie ist es möglich, hier ein Anderes zu statuiren, gilt hier nicht dasselbe, was dort für den Fall, wo eine factisch mangelhafte Sache geleistet ist, non videtur debitor dedisse [31]).

Aus dem Entwickelten geht hervor, daß auch der Cedent dem Cessionar bei einem Legat eines nomen (von bestimmter Größe) in genere für die factische Realisirung haftet. Und wenn es weiter gewiß ist, daß auch demjenigen, der ein genus schenkungsweise versprochen, ganz dieselbe Haftung aufliegt, wie dem Erben im Fall eines legatum generis [32]), so werden wir, abgesehen davon, daß auch hier derselbe Grund eintritt, der oben den Ausschlag gegeben hat, auch denjenigen, der sich durch ein auf eine Forderung in genere gerichtetes Schenkungsversprechen einem Andern obligirt hat, wenn er als Erfüllung dieses Versprechens eine bestimmte Forderung cedirt, für die factische Realisirbarkeit derselben haften lassen müssen —

---

31) Nur vom Standpunkt einer modernen Billigkeit, nicht der römischen Aequitas mag unser Resultat befremdend erscheinen.

32) Vgl. l. 46 D. de leg. I, quae de legato dicta sunt, transferre licebit ad eum, qui vel Stichum, vel hominem dare promiserit. Freilich sagt dieses derselbe Pomponius, der die oben verworfene Ansicht über die Haftung aus einem legatum generis vorgebracht hat, in seinem Sinn greift also auch hier eine andere Entscheidung Platz. Was wir aus dieser Stelle entnehmen, ist unabhängig von des Pomponius besonderer Ansicht, es ist die Gleichstellung der Schenkung eines genus mit dem Legat eines genus (wie der Schenkung einer species mit dem Legat einer species).

natürlich mit der Ausnahme, daß etwa das ganze genus, schlecht ist.

Ueber die dritte und letzte Classe haben wir nach dem, was so eben ausgeführt ist, wenig zu bemerken. Sie zerfällt in zwei Abtheilungen; in der ersteren, wo der Gegenstand der einen Leistung, auf welche eine alternative Obligatio vorliegt, genereller Natur ist, treten, je nachdem die Leistung völlig generell in der Uebertragung irgend eines Vermögenstheils oder weniger generell in der Cession einer Forderung von bestimmter Größe in genere besteht, entweder die Grundsätze der ersten oder der zweiten Classe rücksichtlich der Haftungspflicht ein, nur daß hier in Folge der Natur der Obligatio, als einer obligatio alternativa Modificationen möglich sind. Dagegen aber hat die zweite Abtheilung eine ganz eigenthümliche Natur. Die Voraussetzung ist hier, daß die Obligatio alternativ auf Cession einer speciell bestimmten Forderung uud einen andern Gegenstand geht, ferner daß der Debitor die Wahl hat. Während in allen übrigen Fällen der relativ freiwilligen Cession, die wir bisher betrachtet haben, die Cession einer juristisch oder factisch inexigiblen Forderung gar nicht Erfüllung der Obligatio ist, weil eine solche Forderung nicht zu dem genus gehörte, welches in obligatione war, und demnach der Cedent selbst für die factische Realisirbarkeit einstehn muß, ist hier in jedem Fall durch die Cession der nächste Inhalt der Obligatio erfüllt, grade so wie wenn die Cession dieser Forderung allein in obligatione gewesen wäre, und es fragt sich nur, ob nicht die Obligatio des Cedenten über ihren nächsten Inhalt hinaus noch durch die Verbindlichkeit des Cedenten in irgend einer Weise zu haften erweitert ist. Ueber die Beantwortung dieser Frage entscheiden aber, eben weil die Obligatio hier, wie bei der unfreiwilligen Cession auf Cession einer bestimmten Forderung — freilich alternativ — gerichtet ist, weil hier wie bei der unfreiwilligen Cession, der nächste Inhalt jedenfalls durch die Cession erfüllt ist, eben dieselben Grundsätze, welche bei der unfreiwilligen Cession, wie wir weiter unten darlegen werden, eingreifen, d. h. es kommt hier wie dort darauf an, ob die Obligatio auf einer gesetzlichen Vorschrift beruht, in welchem Fall keine Verpflichtung

zur Haftung eintritt [33]), oder auf einem Rechtsgeschäft, und im letzten Fall, ob dasselbe für den Berechtigten ein oneroses oder lucratives ist, indem im ersteren Fall der Cedent für die juristische, aber auch nur für die juristische Realisirbarkeit, im zweiten gar nicht haftet. Nur das muß noch bemerkt werden, daß hier Modificationen in Folge des alternativen Charakters der Obligatio eintreten können.

Auch darin hat diese Art der freiwilligen Cession ganz die Natur der unfreiwilligen angenommen, daß wenn hier die Frage entsteht, ob der Cedent für die factische Realisirbarkeit haftet, nicht der Zeitpunkt der Cession, sondern der entstandenen Verpflichtung berücksichtigt werden muß [34]); wie wir auch noch weiterhin (§ 4) andere Besonderheiten kennen lernen werden, worin sich diese Classe der freiwilligen Cession der unfreiwilligen an die Seite stellt.

Wir haben die erste Hauptabtheilung der relativ freiwilligen Cession, d. h. die Reihe von Fällen besprochen, in denen die Möglichkeit für den Schuldner sich durch Cession einer Forderung zu befreien, ohne daß der Gläubiger einen rechtlichen Anspruch auf die Cession dieser bestimmten Forderung hatte, durch welche der Cedent seine Obligatio tilgen will, in der (mehr oder weniger generellen) Natur der Obligatio begründet ist. Wir kommen zu der zweiten Hauptabtheilung, wo jene Möglichkeit nicht durch die Natur der Obligatio gegeben ist, sondern dieselbe entweder auf eine species, oder wenn auf ein genns, doch auf ein solches gerichtet ist, welches die Cession einer Forderung nicht umschließt. Hier kann der Grund für jene Möglichkeit nur

a) entweder auf einer vom Gläubiger

b) oder vom Gesetz

dem Schuldner eingeräumten Befugniß beruhen, sich durch Ces-

33) So wird z. B. der Erbe, dem alternativ, jedoch so, daß er die Wahl hat, auferlegt ist, einem Andern eine bestimmte Forderung zu cediren, oder etwa das Reitpferd des Erblassers zu leisten, gar nicht für die Forderung zu haften haben. Dies Beispiel — ein alternatives Vermächtniß, bei dem aber dem Erben die Wahl eingeräumt wird, ist vielleicht das einzig denkbare.

34) Vgl. oben Text bei Anm. 11.

sion einer Forderung zu befreien (facultas alternativa), da mit Ausnahme dieser Fälle eine Obligatio nur durch Leistung des Gegenstandes getilgt wird, auf den dieselbe gerichtet ist. — Ein Drittes ist hier nicht möglich.

Der erstere Fall ist es, welcher der cessio (datio) in solutum, nämlich der einen Art derselben, unterliegt, wie wir sogleich zeigen werden. Wenn wir hierbei länger verweilen, so mag der Umstand zur Rechtfertigung gereichen, daß die Auffassung, welche hier näher dargelegt wird, einerseits von allen bisher ausgesprochenen Ansichten über die datio in solutum wesentlich verschieden, andererseits auf die Frage nach der Haftungspflicht des Cedenten bei der cessio in solutum von dem entschiedensten Einfluß ist. Vorher mache ich nur auf die verschiedenen Modificationen aufmerksam, welche hierbei eintreten können. Der Gläubiger kann dem Schuldner das Recht einräumen, entweder sich durch Cession einer Forderung von bestimmter Größe in genere, oder durch Cession einer speciell bestimmten Forderung zu liberiren [35]) — Modificationen, die allerdings für die Haf-

---

35) Es könnte bedenklich erscheinen, ob wirklich eine solche Beredung juristisch möglich ist, daß ein Gegenstand in obligatione, zwei in solutione sein sollen. Man könnte nämlich davon ausgehen, daß genau der Gegenstand der Obligatio geleistet werden müsse, wenn dieselbe getilgt werden solle, wenn also ein Gegenstand geleistet werde, der nicht speciell in obligatione ist, oder nicht in dem genus, was in obligatione ist, enthalten ist, so werde dadurch die Verpflichtung des Schuldners niemals getilgt, es sei denn daß ein positives Gesetz die Erfüllung der Obligatio in solcher Weise erlaubt. Daher gebe es wohl einzelne vom Gesetz angeordnete Fälle einer facultas alternativa, aber durch Vertrag sei nicht möglich, aus dem eben angeführten Grunde, eine solche zu begründen. Wirklich scheint dieses die Ansicht mancher Rechtsgelehrten zu sein.

Wenn wir dieses Raisonnement für richtig halten, würden wir dann eine solche Beredung, dem Schuldner solle frei stehn, statt des Gegenstands der Obligatio eine bestimmte Forderung zu cediren, oder ein Anderes zu leisten, für unwirksam halten? Gewiß nicht. Wir würden nur, wenn eine solche Beredung vorliegt, eine andere juristische Auffassung suchen müssen, wie eine vertragsmäßig eingeräumte facultas alternativa. Wir würden vielleicht sagen können: ist eine solche Beredung gleich von vorn herein dem Vertrage zugefügt, so liegt eine obligatio alternativa vor, bei der der Debitor, wie gewöhnlich, die Wahl hätte, mit einigen vertragsmä-

tung des Cedenten von Bedeutung sind, wie wir suo loco zeigen werden.

Der Grundsatz, von dem wir hier auszugehn haben, ist von Puchta kurz und treffend mit den Worten bezeichnet, „der Gegenstand der Erfüllung ist durch den Gegenstand der Forderung gegeben.“ Aliud pro alio solvi non potest, sagt Paulus l. 2 § 1 D. 12, 1 setzt aber hinzu invito creditori. Denn verstattet der Gläubiger dem Schuldner statt des Gegenstandes, auf den die Obligatio geht, einen anderen als Erfüllung derselben zu leisten — durch welche Verstattung begreiflicherweise die Obligatio selbst nicht im mindesten verändert wird, — so ist es ein Anderes, dann tritt der Satz ein: rem pro pecunia solutam parere liberationem l. 26 § 4 D. 12, 6. Ist nun in Folge einer solchen Erlaubniß des Creditor ein aliud geleistet, so liegt eine datio in solutum vor [36]. Gewiß die ein-

---

ßigen Modificationen, namentlich der, daß der casuelle Untergang des einen der beiden Gegenstände einer Erfüllung gleich stehen solle. Anders müßten wir freilich den Fall juristisch beurtheilen, wo eine solche Beredung nach Abschluß eines Vertrags zugefügt ist. Denn eine Verwandlung einer obligatio simplex in eine alternativa, mithin eine Novation annehmen, dürfen wir nicht nach bekannter Vorschrift. Hier müßte man eine solche Beredung als einen bedingten Verzicht des Gläubigers auffassen, bedingt durch die Leistung eines andern Gegenstands durch den Schuldner.

Allein es ist gar kein Grund abzusehen, weshalb die Zulässigkeit eines solchen Vertrags zu bezweifeln sein sollte. Wollte nämlich der Gläubiger, der auf diese Weise nach seinem Willen durch Leistung eines andern Gegenstandes, als dessen, auf den die Obligatio geht, befriedigt ist, hinterher gegen den Schuldner klagen, so würde dieser die Einrede der Zahlung vorschützen, und den Gläubiger, der geltend machte, er habe nicht das Object geleistet, auf das die Obligatio geht, durch die duplica doli schlagen. Vgl. Anm. 37. Es kommt dazu, daß wir im Folgenden den Beweis führen werden, daß eine solche Beredung der einen Art der datio in solutum unterliegt. — Daß übrigens hier die beiden Fälle: der Gläubiger giebt dem Schuldner das Recht, sich durch Leistung einen **species** und eines **genus** zu liberiren, vorkommen können, bedarf keines Beweises; zum Ueberfluß verweise ich auf l. 26 §. 5 D. 12, 6, wo ausdrücklich ein Fall der letzteren Art (das Beispiel mit dem Oel) erwähnt ist. Vgl. Anm. 43.

36) Eine solche Beredung war nach röm. Recht durch ein nudum pactum möglich, weil sie durch eine Einrede vom Debitor geltend gemacht wird.

fachste Gestaltung der in solutum datio! Hier wird dem Debitor durch den Creditor blos das Recht eingeräumt, ein aliud als Erfüllung[37]) der Obligatio zu leisten, nicht auch die Verpflichtung auferlegt, wie dieses bei der zweiten Gestaltung der in solutum datio der Fall ist, welche als Kaufcontract über die in solutum gegebene Sache und Erfüllung desselben aufzufassen ist, worüber weiterhin.

Diese Art der in solutum datio, die blos ein dem Debitor vom Creditor eingeräumtes Recht, ein aliud pro alio solvere zur Voraussetzung hat, ist es, welche bisher völlig übersehen ist. Gleichwohl kann es keinen Zweifel leiden, daß den Römern ein solches Verhältniß bekannt gewesen ist; nur das kann in Frage stehen, ob sie auf diesen Fall die Bezeichnung der datio in solutum anwandten. Auch dieses unterliegt keinem Bedenken. Wenn die bereits angezogene l. 2 § 1 D. 12, 1 sagt, aliud pro alio invito creditori solvi non potest, wenn die l. 46 pr. D. 46, 3 ausspricht, si quis aliam rem pro alia volenti

---

37) Man kann fragen: wird der Schuldner durch diese Art der datio in solutum ipso jure befreit, oder nur ope exceptionis, bestimmter: kann der Schuldner dem klagenden Gläubiger die Einrede der Zahlung entgegen halten, und dem Einwand des letztern, daß er doch den Gegenstand nicht geleistet, der in obligatione sei, durch die duplica doli entkräften, Du trittst mit Dir selbst in Widerspruch, wenn Du Dich jetzt darauf berufen willst, daß ich den eigentlichen Gegenstand der Obligatio nicht gegeben, da Du mir versprochen, einen andern, Dir bereits geleisteten als Zahlung anzunehmen, oder hat er gegen die an sich begründete Klage des Gläubigers nur die exceptio doli (nicht Einrede der Zahlung)? Die Antwort ist: Ob der Schuldner durch Hingabe eines andern Objects ipso jure oder ope exceptionis befreit wird, richtet sich nach der unterliegenden Verabredung der Parteien. Beabsichtigt der Gläubiger das Letztere, so ist die unterliegende Beredung als ein bedingtes pactum de non petendo aufzufassen, bedingt durch Leistung eines andern Gegenstandes. Hier würde aber keine datio in solutum vorliegen, weil keine solutio durch die Leistung erfolgt ist, hier würde der Satz nicht eintreten: rem pro pecunia solutam parere liberationem, ein Satz, den Ulpian grade bei der Art der in solutum datio ausspricht, von der wir hier reden, der Art, wo durch die Beredung nur der Schuldner ein Recht auf Leistung einer alia res erhält l. 26 §. 4 D. 12, 6, vergl. weiterhin Anm. 43. Wo wirklich eine in solutum datio vorliegt, da geht die Beredung dahin, daß der Schuldner ipso jure durch Leistung eines aliud liberirt sein soll.

solverit, so ist einerseits nicht zu verkennen, daß das, was hier als aliam rem pro alia solvere bezeichnet wird, dasselbe ist mit dem, was an andern Stellen aliam rem in solutum dare heißt, andrerseits aber klar, daß in dieser Stelle nur von einem dem Schuldner eingeräumten Recht die Rede ist, und höchst unnatürlich, nicht nur ein Recht des Debitor, sondern auch eine Verpflichtung desselben, ein aliud pro alio solvere hineinzulegen, ja bei der zweiten Stelle ist dieses völlig unmöglich, wie wir gleich sehen werden.

Die gewöhnliche Ansicht kennt nur Eine Art der in solutum datio — den zweiten Hauptfall derselben nach unserer Ansicht. Die der datio vorangehende Beredung giebt hier dem Schuldner nicht allein das Recht, einen andern Gegenstand zu leisten, als den, auf den die Obligatio geht, sondern verpflichtet ihn auch hierzu, sie setzt an die Stelle des ursprünglichen Objects der Obligatio ein anderes. Gleichwohl liegt keine Novation vor, sondern das Verhältniß wird im röm. Recht als ein Kaufcontract der Sache aufgefaßt, welche in solutum gegeben werden soll, der Gläubiger wird Schuldner aus dem Kaufcontract auf Zahlung des Pretium, Schuld und Forderung werden nach Uebereinkunft compensirt, es bleibt also nur die Forderung auf Leistung der Sache bestehn. Wird nun die in solutum gegebene Sache evincirt, so kann der Gläubiger mit der actio emti die evictionis praestatio verlangen [38]).

Dagegen heißt es nun in der l. 46 pr. D. 46, 3, daß, wenn die in solutum gegebene Sache evincirt werde, der Anspruch aus der frühern Obligatio, weil sie nicht getilgt sei, stehen bleibe. Die Worte lauten:

> Si quis aliam rem pro alia volenti solverit, et evicta fuerit res, manet pristina obligatio. Sed et si pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat, nam non accepisset re integra creditor, nisi pro solido ejus fieret.

Auf den Grund dieser Stelle, in Verbindung mit l. 4 Cod. 8, 45 und l. 24 pr. D. 13, 7 nehmen die Meisten an, bei der in solutum datio habe der Gläubiger im Fall der Eviction die

---

38) Vgl. l. 4 C. 8, 45 de evict. — L. 44 pr. D. 13, 7.

Wahl, ob er mit den Ansprüchen eines Käufers auftreten, oder die Schuld als nicht getilgt behandeln wolle [39]). In der einen Stelle wird die ursprüngliche Klage gegeben, in der andern die Klage aus dem Kaufcontract auf Evitionsleistung, folglich — so schließt man — hat der Gläubiger die Wahl, welche von beiden er anstellen will [40]). Allein schon der Umstand, daß in der einen Stelle l. 24 pr. D. 13, 7 die Klage aus dem Kaufcontract für die ausschließlich zustehende erklärt wird, macht diese Annahme unmöglich. Es wirft der Jurist (Ulpian) hier die Frage auf, ob der Faustpfandgläubiger, wenn ihm vermöge des jus dominii impetrandi vom Regenten die verpfändete Sache zugesprochen, diese aber später von einem Dritten evincirt ist (si impetrasset creditor a Caesare, ut pignus possideret, id que evictum esset), die contraria pigneraticia actio anstellen kann [41]). Die Antwort ist nein. Videtur enim finita esse pignoris obligatio et a contractu recessum. Vielmehr steht ihm jetzt, da die dominii impetratio als Kauf aufzufassen ist, wobei die Schuld aus dem Kaufcontract mit der Forderung des Gläubigers, compensirt wird, nur die actio emti zu, womit er die evictionis praestatio verlangen kann (immo utilis ex emto accommodata est). Wenn Ulpian darauf fortfährt, quem ad modum si pro soluto ea res data fuerit, so ist wohl klar, daß er bei der in solutum datio für den Fall, daß die Sache evincirt ist, ebenfalls nur die actio emti anwendbar hält. In der That ergiebt sich alles das, was wir aus dieser Stelle erfahren, auch schon aus der Natur der Sache. Liegt der in solutum datio ein Kauf unter, so geht die ursprüngliche Obligatio in Folge der beredeten Compensation unter, wird also das Object des

39) So auch Puchta §. 240.

40) Es würde hier nicht eine s. g. elective Concurrenz der Klagen vorliegen, sondern ein Wahlrecht zwischen verschiedenen Rechten, daher denn dieser Fall den von Savigny (System, Bd. 5, S. 256 ff.) aufgezählten anzureihen wäre.

41) Vgl. l. 16, §. 1, D. ibid.: Contrariam pigneraticiam creditori actionem competere certum est. Proinde si rem alienam, vel alii pignoratam — dedit, tenebitur.

Kaufcontracts evincirt, so bleibt dem, der die Sache in solutum erhalten hat (dem Käufer), nur die actio emti.

Wenn nun nach der Behauptung von Marcian l. 46 pr. 46, 3 demjenigen, der eine Sache in solutum erhalten, für den Fall der Eviction die ursprüngliche Klage zustehen soll, so bleibt nur übrig, entweder einen Widerspruch beider Juristen (des Marcian und Ulpian) anzunehmen, oder zuzugeben, es sind verschiedene Gestaltungen der in solutum datio, von denen beide reden. Wahrlich wir würden dem Marcian ein sehr unjuristisches Raisonnement zutrauen, wenn wir das Erstere wollten, wir werden auf die letztere Annahme hingetrieben, eine Annahme, die um so weniger irgend wie bedenklich ist, als wir schon oben erkannten, daß nach der natürlichsten Auffassung der Worte si quis aliam rem pro alia volenti solverit gewiß von keiner Verpflichtung des Schuldners, sondern nur von einem Recht die Rede ist, aliam rem pro alia in solutum dare. Halten wir nun aber dieses fest, in unserer Stelle ist dem Schuldner vom Gläubiger nur die Befugniß ertheilt, durch die Leistung einer andern Sache, als auf welche die Obligatio geht, dieselbe zu tilgen, so ist die Entscheidung ganz consequent. Weil der Gläubiger sich hier eine Sache als Zahlung gefallen lassen muß, die er selbst nicht fordern kann, so interpretirt das Recht jene Vereinbarung zu Gunsten desselben, in der Weise, daß sie als nichtig erscheint, wenn das Object nicht Eigenthum des Schuldner war [42]). War also der Schuldner wirklich nicht Eigenthümer, so war auch durch die Hingabe die alte Obligatio nur scheinbar getilgt [43]).

---

42) Dies werden wir weiterhin zeigen, siehe S. 57 f.

43) Fast wichtiger noch als diese Stelle ist die fast ganz unbeachtete l. 26 §. 4 u. 5 D. 12, 6. Hier referirt Ulpian beipflichtend eine Entscheidung des Marcellus über folgende beiden Fälle. Der A schuldet an den B 100, beide glauben, daß sich die Schuld auf 200 beläuft. Jetzt giebt A dem B einen fundus, 200 werth, in solutum — der eine Fall. — Im zweiten Fall giebt er ihm Oel für 200 in solutum. Hinterher entdeckt A, daß er nur 100 schuldig war. Es fragt sich, welches Rechtsmittel steht ihm zu Gebote?

Sehen wir zunächst von der Entscheidung des Marcellus ab und fragen,

Es giebt also — um das Resultat der bisherigen Erörterungen kurz zusammen zu fassen — zwei Arten der in solutum datio. Bei der einen liegt eine Beredung zu Grunde, wodurch

---

welches Rechtsmittel er haben müßte, wenn in diesem Fall das der datio in solutum unterliegende Rechtsgeschäft als Kaufcontract aufzufassen wäre. Das Verhältniß wäre dann hier dieses: A ist Verkäufer des fundus, resp. des Oels, als solcher hat er von B 200 zu fordern, aus dem frühern obligatorischen Verhältniß glaubte er aber dem B 200 zu schulden. Die Forderung des A und seine Schuld werden durch verabredete Compensation getilgt. Allein er schuldet re vera nur 100. Können wir nun dem A nicht eine Klage auf 100 aus dem Kaufcontract geben? — wenn dann B die verabredete Compensation geltend machen würde, so würde er replicando entgegnen, er sei nur 100 schuldig gewesen, nicht 200. Das geht nicht, weil hier in Folge der Verabredung die Compensation bereits vollzogen ist, diese aber juristisch so anzusehn ist, als wenn auf beiden Seiten Zahlung erfolgt wäre. Vgl. l. 4 D. 20, 4, l. 26 D. 50, 16 dedisse intelligendus est etiam is, qui — compensavit. Um dies auf unsern Fall anzuwenden, so ist das Verhältniß juristisch so anzusehen, als habe A an den B den vermeinten Betrag der Schuld von 200 bezahlt, und dieser wieder an jenen die Kaufsumme von 200. Daraus geht hervor, daß die Forderung aus dem Kaufcontract getilgt ist. — Es wird aber A nun mit der indebiti condictio auf 100 auftreten können.

So müßte die Entscheidung lauten, wenn hier die in solutum datio als Kaufcontract und Erfüllung desselben aufgefaßt würde. Aber die Entscheidung des Marcellus ist eine andere. Im ersten Fall, wo ein fundus in solutum gegeben, giebt er die condictio auf den fundus, wogegen natürlich auch das frühere Obligationsverhältniß zwischen A und B bleibt (manet obligatio incorrupta). Im zweiten Fall, wo Oel für 200 in solutum gegeben, kann A das superfluum olei condiciren. — Welche Auffassung von der hier vorliegenden in solutum datio liegt dieser Entscheidung zu Grunde? Keine andere, als die wir bereits kennen gelernt haben. Es liegt ein Vertrag vor, wodurch der Schuldner blos berechtigt wird, dem Gläubiger ein aliud als Zahlung hinzugeben. Macht nun der Schuldner von diesem Rechte Gebrauch, und weiset sich hinterher aus, daß die Schuld geringer ist, als beide Theile irrthümlich voraussetzten, so liegt ein errore solutum vor. Der Schuldner will durch Leistung des fundus, resp. des Oels eine Schuld von 200 tilgen, besteht eine solche Schuld nicht, obschon sie irrig vorausgesetzt worden, so steht ihm eine Condictio zu. Nur das kann zur Frage stehn, worauf die Condictin geht, ob etwa nur auf die ideelle Hälfte des fundus. Die Antwort ist, wenn die Absicht der Parteien die war, daß von der irrig vorausgesetzten Schuld von 200 die eine Hälfte durch Tradition der einen (ideellen) Hälfte des fundus, die andere durch Tradition der andern getilgt

der Gläubiger nur verpflichtet wird, die Leistung einer andern Sache als der, auf welche die Obligation geht, als Zahlung gelten zu lassen, bei der andern wird er auch berechtigt, die Leistung dieser andern Sache zu verlangen, oder, vom Standpunkt des Schuldners aus das Verhältniß aufgefaßt, bei der einen wird der Schuldner nur berechtigt, bei der andern auch verpflichtet, ein aliud zu geben. Im letzten Fall ist das Verhältniß als ein Kaufcontract zu betrachten. Wird in diesem Fall die Sache evincirt, so steht dem frühern Gläubiger nur die actio emti zu, bei der ersten Art der in solutum datio dagegen nur die Klage aus der ursprünglichen Obligatio (manet pristina obligatio).

Wir haben bisher die Fälle der in solutum datio im eigentlichen Sinn betrachtet, d. h. die Fälle, wo eine res corporalis in solutum gegeben ist. Wenden wir uns zu den Fällen, wo eine Forderung in solutum cedirt wird, zu der in solutum cessio, einer Unterart der in solutum datio im weitern Sinn, so haben wir hier zunächst einen Fall auszuscheiden, der, weil er nicht unter den Begriff der Cession, so auch nicht unter den der cessio in solutum fällt.

Ist nämlich die Absicht der Parteien die, daß der Gläubiger erst **durch die wirkliche Zahlung** des Geldes von Seiten des debitor debitoris befriedigt werden soll, — natürlich dann auch nur so weit, als dieser zahlt, so ist das Verhältniß des Gläubigers zum Schuldner nicht als Cession aufzufassen.

---

werden sollte, so würde allerdings die Condictio auf die ideelle Hälfte des fundus gehn. Allein das ist nicht ihre Absicht. Deshalb steht dem A die Condictio auf den ganzen fundus zu, wobei freilich pristina obligatio incorrupta manet. Anders im Fall, wo Oel im Werth von 200 in solutum gegeben ist. Da ging in dubio die Absicht dahin, verhältnißmäßig durch das Quantum des Oels die Schuld zu tilgen, so daß durch die eine (reelle) Hälfte die einen 100, durch die andere die zweiten 100 bezahlt sein sollten. In diesem Fall soll A die (reelle) Hälfte des Oels condiciren.

Wir sehen, **Ulpian** — derselbe **Ulpian**, der anders wo der in solutum datio einen Vertrag unterlegt, wodurch der Schuldner nicht allein berechtigt, sondern auch verpflichtet wird, ein aliud zu leisten — geht hier von der Ansicht aus, daß der in solutum datio eine Vereinbarung zu Grunde liegt, die dem Debitor **nur** das **Recht** giebt, ein aliud zu leisten.

Denn soll die Zahlung des Geldes die Schuld tilgen, so wird vorausgesetzt, daß das hier gezahlte Geld im Momente der Zahlung, juristisch betrachtet, zuerst Eigenthum des Schuldners wird und hinterher erst in das Eigenthum des Gläubigers übergeht[44]. Dieses findet bei der Cession nicht Statt wegen des hier begründeten dominium litis, der Cessionar wird Eigenthümer des vom Debitor cessus ihm gezahlten Geldes, ohne daß die juristische Betrachtung, als ob das Eigenthum erst auf den Cedenten, und von diesem wieder auf den Cessionar übergangen sei, hier Platz greifen könnte, der Cessionar ist loco domini, mag er in Folge der gerichtlichen Geltendmachung seines Rechts, oder außergerichtlich vom Debitor Befriedigung erhalten. Wollen demnach die Parteien, daß durch Zahlung des debitor debitoris die Forderung des Gläubigers getilgt werden soll, so ist das Verhältniß des Schuldners zum Gläubiger nicht das eines Cedenten zum Cessionar, sondern entweder der Gläubiger bloßer Proceßprocurator mit dem Auftrag, auch die Zahlung entgegenzunehmen[45], und zwar als Zahlung seiner Forderung gegen den Dominus, oder Assignatar[46] mit derselben Beredung. Ich möchte daher glauben, daß es eine Cession als Versuch, die Zahlung durch den Debitor cessus zu bewirken, nicht giebt[47]. Dasselbe practische Resultat kann freilich auch durch eine cessio in solutum erreicht werden, nämlich durch die eine Art derselben.

Wie bei der datio in solutum im engeren Sinne sind natürlich auch bei der cessio in solutum zwei verschiedene Arten von einander zu scheiden. Durch die unterliegende Beredung giebt der Gläubiger entweder dem Schuldner nur ein Recht, eine Forderung als Zahlung der Schuld zu cediren, oder der Schuldner wird hierzu nicht bloß berechtigt, sondern auch verpflichtet,

---

44) L. 15 D. 12, 1 .... videtur mihi data pecunia et a me ad te profecta. Vgl. Thöls Handelsrecht. S. 386 f.

45) Vgl. 186 D. 46, 3 hoc jure utimur, ut litis procuratori non recte solvatur, nam et absurdum est, cui judicati actio non datur, ei ante rem judicatam solvi posse. Si tamen ac hoc datus sit, ut solvi ei possit, solvendo ei liberabitur.

46) Als solcher hat er freilich keine Klage gegen den Assignaten.

47) Anderer Ansicht ist Thöl Handelsrecht. S. 390.

in welchem Fall das Verhältniß als Kaufcontract dieser Forderung aufzufassen ist. — Wir werden weiterhin nachweisen, daß bei der ersten Art der cessio in solutum der Cedent (ohne entgegenstehende Vereinbarung — denn davon ist hier nur die Rede) für die factische Realisirbarkeit der Forderung haften muß. Factisch steht also das Verhältniß hier ganz ähnlich, wie in dem Fall, wo erst durch die Zahlung des debitor debitoris die Forderung getilgt werden soll.

b) Wie der Gläubiger, so kann auch — und dieses ist die zweite Classe, zu der wir jetzt übergehen — eine gesetzliche Vorschrift dem Schuldner eine facultas alternativa dahin einräumen, daß er durch Cession einer Forderung seine Schuld tilgen kann, auch hier wiederum in doppelter Weise, entweder durch Cession einer Forderung in genere, oder einer speciell bestimmten Forderung.

α) Das Erstere tritt ein bei dem beneficium (dationis) cessionis in solutum der Novelle 4 c. 3[48]) — wohl der einzige Fall. —

β) Das Zweite findet, so weit ich sehe, gleichfalls nur in einem Falle Statt. Bekanntlich giebt es mehrere Fälle, wo das Gesetz dem Schuldner eine facultas alternativa einräumt, bei der laesio enormis u. s. w. In keinem der hierher gehörigen Fälle geht jedoch die Leistung, zu welcher der Schuldner nur berechtigt, nicht verpflichtet ist, auf Cession einer Klage. Nur bei der actio de pauperie kann dieses eintreten. Wenn nämlich ein Dritter, ohne daß den Eigenthümer, gegen den die actio de pauperie

48) Aus dieser Darstellung ergiebt sich, daß ich nicht der Ansicht bin, als ob hier ein Kaufcontract vorliege. Dieser Fall schließt sich vielmehr ganz den vorhin besprochenen an, wo der Gläubiger dem Schuldner die Befugniß giebt, sich durch Cession einer Forderung zu liberiren, nur daß hier die Gestattung nicht vom Gläubiger, sondern vom Gesetz ausgeht. Von selbst versteht es sich, daß der Gläubiger dann sich dieses aliud nicht gefallen zu lassen braucht, wenn er warten will; sonst ist er dazu verpflichtet, die übrigen Erfordernisse der Novelle vorausgesetzt. Schließlich bemerke ich, daß die Novelle zwar nur von beneficium dationis (im engern Sinne) in solutum redet, daß aber ohne Zweifel dieselbe Disposition hinsichtlich der Forderungen gilt. Vgl. Mühlenbruchs Cession. S. 435.

gerichtet war, ein Verschulden trifft, nach erfolgter Litis-contestation (si ante litem contestatam decesserit animal, extincta erit actio 1, §. 13 D. 9 1), das Thier tödtet, so kann sich jetzt der Eigenthümer durch Cession seiner aquilischen Klage befreien, (1, §. 16 Dq. 1) obschon die Klage auf Schadensersatz gerichtet war.

Wenn wir freilich Mühlenbruch Glauben schenken, so werden wir eine große Anzahl hierher gehöriger Fälle zu statuiren haben. Im Gegensatz zu der Classe von Fällen, in denen nach positiver gesetzlicher Vorschrift eine Abtretung der Klagen nothwendig ist, hat derselbe eine andere Reihe aufgestellt, wo dem Schuldner durch positives Recht nur die Befugniß eingeräumt werde, sich durch Cession zu befreien[49]). Mit Unrecht. Abgesehen von den Fällen, wo die Möglichkeit für den Schuldner, sich durch Cession einer Forderung zu befreien, ohne daß auf diese bestimmte Cession ein rechtlicher Anspruch existirt, in der (generellen) Natur der Obligatio, oder in der Gestattung des Gläubigers beruht, abgesehen ferner von dem ganz singulären Fall der Novelle 4 und der actio de pauperie, bei welcher sich jene Erscheinung aus der von vorn herein dem Eigenthümer gestatteten facultas alternativa, den Schaden zu ersetzen oder das Thier hinzugeben, erklärt, kann sich der Debitor nur dann durch die Cession einer Forderung liberiren, wenn auch der Gläubiger ein Anrecht auf diese Cession hat, wie umgekehrt der Gläubiger nur dann ein Anrecht auf dieselbe hat, wenn der Schuldner auf gleiche Weise seine Schuld tilgen kann. Wo also das Object der Obligatio nicht von vorn herein Cession einer Klage ist, muß, damit sich der Schuldner durch Cession befreien kann, von den bezeichneten Ausnahmen abgesehen, das Object durch irgend einen hinzutretenden Umstand dergestalt verändert sein, daß jetzt auch der Gläubiger einen Anspruch auf die Cession hat[50]). Ein solcher Fall gehört aber begreiflich

---

49) Vgl. seine Cession. S. 402 ff. u. S. 426 ff.

50) Treffend hat Ihering in der Abhandlung „in wie weit muß der, welcher eine Sache zu leisten hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben". (Abhangl. aus dem röm. Recht. Leipzig 1844. S. 1—86) gezeigt, daß der zur Leistung einer Sache Verpflichtete die Klage, welche er durch

nicht hieher, sondern unter die unfreiwilligen Cessionen, und zwar die zweite Hauptclasse derselben vergleiche weiterhin. — In der That darf man auch nur die von Mühlenbruch aufgezählten Fälle genauer betrachten, um sich von der Richtigkeit dieser Bemerkung zu überzeugen.

Wie bestimmt sich nun die Haftungspflicht des Cedenten in allen diesen Fällen, wo die Möglichkeit für den Schuldner, sich durch Cession einer Forderung zu befreien, ohne daß eine Verpflichtung auf diese Cession Statt hat, nicht in der (generellen) Natur der Obligatio, sondern entweder in einer Verstattung des Gläubigers oder des Gesetzes ihren Grund hat?

Die Antwort ist: in der ersteren Klasse (wo die Möglichkeit auf einer Verstattung des Gläubigers beruht) tritt eine Haftung für die factische Realisirbarkeit ein. Betrachten wir zunächst den ersten Fall derselben: der Gläubiger hat dem Schuldner das Recht ertheilt, sich durch Cession einer in specie bestimmten Forderung zu liberiren. Wir gehen hier aus von der schon vorhin angezogenen Stelle l. 46 pr. D. 46, 3: Si quis aliam rem pro alia volenti solverit, et evicta fuerit res, manet pristina obligatio. Sed et si pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat, nam non accepisset re integra creditor, nisi pro solido ejus fieret. Die Stelle redet, wie oben gezeigt ist, von der Art der in solutum datio, welche wir hier betrachten, wo der Gläubiger dem Schuldner nur das Recht

---

die Beschädigung Dritter, oder ex negotiatione mit der Sache erworben, nur dann verpflichtet ist, an den, dem er die Sache schuldet, zu cediren, wenn er sich seinerseits durch Cession derselben von den Ansprüchen des Gegners zu befreien vermag, wie umgekehrt, daß der Schuldner nur dann berechtigt ist, sich durch Cession einer Klage zu liberiren, wenn der Gläubiger die Cession verlangen kann — beides in dem Falle, wo das beschädigende Ereigniß, resp. die negotiatio auf die Gefahr des Gläubigers ging. „Das Recht beider Theile auf Cession", sagt Ihering, „ist ganz gleich, jeder derselben muß sich die Cession gefallen lassen, wenn er selbst sie verlangen kann, und kann sie nicht verlangen, wenn er sich sie nicht gefallen zu lassen braucht." — Nur nach der einen Seite hin giebt es Ausnahmen, es giebt Fälle, in denen der Gläubiger entweder die Cession der Klage, oder den Sachwerth verlangen kann, nicht auch nach der andern, nicht auch Fälle, wo dem Schuldner eine solche Wahl zustände." — A. a. O. S. 54 ff. 68 f.

giebt, ein anderes Object als Zahlung zu leisten. Ist dieses evincirt, so soll der Schuldner gar nicht liberirt sein, sondern die alte Obligatio fortbestehen. Wie ist dies zu erklären? Der Jurist selbst giebt die Erklärung mit den Worten: non accepisset et cet., der Gläubiger würde dem Schuldner jenes Recht nicht gegeben haben, wenn er die juristischen Mängel [51]) des Objects gekannt hätte (genau: er würde dasselbe nicht angenommen haben, Erlaubniß und Annahme werden hier als der Zeit nach zusammenfallend gedacht). Offenbar ist der Sinn: der Gläubiger hat dem Schuldner nicht schlechthin das Recht ertheilt, sich durch Leistung des Objects von der Schuld zu befreien, sondern durch Leistung jenes Objects als eines juristisch fehlerlosen, oder juristisch ausgedrückt: die Vereinbarung des Gläubigers und Schuldners, wodurch letzterer das Recht erhält, sich durch Leistung jenes Objects zu liberiren, wird — falls keine entgegenstehende Absicht der Parteien klar ist, in welchem Fall eine Modification durch Privatwillkür Statt haben würde – vom Recht dahin interpretirt, als ob die Parteien die juristische Fehlerlosigkeit zu einem in der Art wesentlichen Momente erhoben haben, daß die Vereinbarung null und nichtig ist, wenn jene Eigenschaft fehlt, mit anderen Worten, daß ein Irrthum über dieselbe als ein error in corpore im weiteren Sinne anzusehen ist, welcher Nichtigkeit des ganzen Geschäfts in seinem Gefolge hat. Denn wenn gleich regelmäßig nur die Eigenschaften eine derartige Bedeutung haben, daß die Gültigkeit des Vertrags bei einem Irrthum afficirt wird, welche das Object als einen Gegenstand ganz anderer Art im Verkehr erscheinen lassen, so ist es doch nicht zweifelhaft, daß Privatwillkür einer jeden Eigenschaft diese Wirkung beilegen kann [52]).

Für die juristischen Mängel muß sonach der Schuldner dem Gläubiger haften, wenn dieser jenem das Recht gegeben hat, sich durch Leistung einer Sache zu liberiren, sofern die Hingabe die Obligatio nur dann tilgt, wenn die Sache juristisch

51) Was ich unter „juristische Mängel" und „Haften für jurist. Fehlerlosigkeit" bei res corporales verstehe, ist wohl klar, zum Ueberfluß weise ich hin auf den Text von Anm. 70 an.

52) Vgl. Beilage I. Text vor Note 13.

fehlerlos war. Ob auch für die factischen? Gewiß wäre nichts unsinniger, als aus der Haftung für die juristische Fehlerlosigkeit auch auf die Haftung für die factische zu schließen. Gleichwohl müssen wir unbedenklich jene Frage bejahen. Nicht aus der Haftung für die juristische Fehlerlosigkeit machen wir diesen Schluß, sondern aus ebendemselben Princip, aus welchem der Jurist die Haftung für die juristische Fehlerlosigkeit ableitet, folgt dieses mit Nothwendigkeit. Jenes Princip ist: Wenn der Gläubiger dem Schuldner nur die Befugniß giebt, sich durch Leistung eines andern Objects zu liberiren, also nicht selbst berechtigt wird, so hat das Recht auch die Vereinbarung in der Weise günstig für den Gläubiger auszulegen, daß sie null und nichtig wird, so wie ein Irrthum von Seiten des Gläubigers hinsichtlich des Objects der Art obgewaltet hat, daß man sagen kann, der Gläubiger würde jene Erlaubniß nicht ertheilt haben, wenn er die Kenntniß des Richtigen gehabt hätte (non accepisset creditor et cet.). Aus diesem Untersatz leitet der Jurist die Haftung für die juristische Güte ab, sofern der Schuldner durch Leistung des Objects, wenn es juristisch fehlerhaft erscheint, seine Obligatio gar nicht getilgt hat, aus diesem Untersatz leiten wir weiter auch die Haftung in derselben Weise für die factische Güte her. Ich frage: gilt nicht das non accepisset, was der Jurist bei einer Unbrauchbarkeit aus juristischen Gründen geltend macht, auch bei einer Unbrauchbarkeit aus factischen Gründen?

Wir haben bisher den Fall vor Augen gehabt, wo der Gläubiger dem Schuldner die Befugniß ertheilt hat, sich durch Hingabe einer Sache zu liberiren. Die Anwendung der in Bezug auf diesen Fall entwickelten Grundsätze auf den, wo er ihm verstattet, sich durch Cession einer bestimmten Forderung zu befreien, ergiebt sich von selbst. Auch hier haftet der Schuldner selbst für die factische Realisirbarkeit, sofern die alte Obligatio nur dann durch Cession jener Forderung getilgt wird, wenn dieselbe selbst factisch realisirbar ist.

Die Beurtheilung des anderen Falles, wo dem Schuldner vom Gläubiger das Recht ertheilt ist, eine Forderung von bestimmter Größe in genere als Erfüllung der Obigatio zu cedi-

ren, hat keine Schwierigkeiten. Zunächst versteht es sich nach der früheren Ausführung von selbst, daß eine factisch nicht realisirbare Forderung gar nicht zu dem genus gehört, das in obligatione ist, wenn nicht etwa das ganze genus schlecht wäre. Aber in diesem Falle würden dann — abgesehen von einer Kenntniß der Beschaffenheit seitens des Gläubigers, in welchem Fall eine Modification durch Privatwillkür eintreten würde, vgl. 4, — dieselben Grundsätze zur Anwendung kommen, die wir bei der Gestattung, eine species als Erfüllung zu leisten, so eben entwickelt haben. Der Cedent haftet also hier, selbst wenn das ganze genus schlecht ist, für die factische Realisirbarkeit.

Betrachten wir schließlich die Verschiedenheiten der Haftung des Cedenten in diesen Fällen von seiner Haftungspflicht in der ersten Hauptabtheilung der relativ freiwilligen Cessionen, wo die Möglichkeit für den Schuldner, sich durch Cession einer Forderung zu befreien, ohne daß der Gläubiger ein Recht auf diese bestimmte Cession hat, in der (generellen) Natur der Obligatio begründet ist. In beiden Fällen tritt eine Haftung für die factische Realisirbarkeit ein, allein in der ersten Hauptabtheilung nur beschränkt, so weit nämlich nicht das ganze genus schlecht ist — eine Beschränkung, die freilich in der ersten Classe derselben ohne Bedeutung ist. Hier ist die Haftung in dieser Beziehung unbeschränkt; wenn sie demnach hier einerseits strenger ist, so ist sie in einer anderen Beziehung milder, sofern hier für die Frage nach der factischen Realisirbarkeit nicht der Zeitpunkt der Cession, wie dort (freilich mit einer Ausnahme, vgl. oben), sondern der Gestattung in Betracht kommt. Nur die Beurtheilung, ob bei der dem Schuldner eingeräumten Befugniß, eine Forderung in genere als Erfüllung zu cediren, eine bestimmte einzelne Forderung zu dem genus gehört, richtet sich begreiflicher Weise nur nach dem Moment der Cession.

Wir kommen zur zweiten Classe: dem Schuldner ist in Folge einer gesetzlichen Bestimmung das Recht ertheilt, seine Verbindlichkeit durch Cession einer Forderung zu erfüllen, sei es, daß die Erlaubniß auf ein genus oder eine species geht.

Daß im ersteren Fall (beim beneficium cessionis in solutum) eine Haftung selbst für die factische Realisirbarkeit Platz greift, bedarf keiner weitern Ausführung, und zwar ist es hier natürlich der Augenblick der Cession, der in Betracht kommt. Im letztem Fall häftet der Cedent dagegen in keiner Weise, — den Beweis werden wir bei der zweiten Classe der unfreiwilligen Cessionen liefern.

II. Damit haben alle Fälle der freiwilligen Cession ihre Erledigung gefunden; wir wenden uns jetzt zu der zweiten Hauptclasse, den unfreiwilligen Cessionen, d. h. zu der Classe, wo auf die Cession einer in specie bestimmten Forderung ein rechtlicher Anspruch existirt. Ein solcher Anspruch kann eine zweifache Quelle haben, in einem Rechtsgeschäft, welches unmittelbar eine Berechtigung und Verpflichtung zur Cession einer bestimmten Klage begründet, und einer positiven gesetzlichen Bestimmung. Ueber diesen Gegensatz haben wir uns zunächst zu verständigen.

Man könnte der Ansicht sein, als wenn ein solcher Gegensatz überhaupt nicht aufzustellen sei. Denn einerseits beruht die Verpflichtung zur Cession auch in den Fällen, wo ein Rechtsgeschäft vorliegt, auf gesetzlicher Vorschrift, sofern das Recht den Willen der Parteien, welcher auf Berechtigung und Verpflichtung zur Cession einer bestimmten Forderung geht, anerkennt und schützt, andererseits liegt wenigstens in den meisten Fällen, wo eine gesetzliche Verpflichtung zur Cession Platz greift, irgend ein Rechtsgeschäft zu Grunde, an welches das Gesetz als weitere Folge die Verpflichtung zur Cession einer bestimmten Klage knüpft. — Die Verpflichtung des Verkäufers einer bestimmten Forderung zur Cession der Klage beruht, z. B. auf einem Rechtsgeschäft, die Verpflichtung des Mandatars zur Cession der durch Ausrichtung des Mandats erworbenen Klage auf gesetzlicher Bestimmung, — auch im ersteren Fall ruht die Verpflichtung auf rechtlicher Vorschrift in der oben besagten Weise, auch im letztern Fall schließt sich die Verpflichtung an ein Rechtsgeschäft an. — Gleichwohl ist jener Gegensatz eben so sehr in der Natur der Sache begründet,

als für die Beantwortung der Frage nach der Haftungspflicht des Cedenten wichtig.

Ein Rechtsgeschäft enthält eine Willenserklärung. Dieser Wille kann nun entweder unmittelbar auf die Berechtigung oder Verpflichtung zur Cession einer bestimmten Klage gerichtet sein. In diesem Fall beruht die Verpflichtung zur Cession unmittelbar auf einem Rechtsgeschäft. Das Gesetz kommt in diesen Fällen nur in so fern in Betracht, als es den Willen der Parteien anerkennt und schützt. Oder der Wille geht zunächst auf ein Anderes. Gleichwohl kann auch hier eine Verpflichtung zur Cession eintreten. Ist dieses der Fall, so hat die Verpflichtung zur Cession natürlich nicht den vom Recht anerkannten Willen der Parteien zu ihrem Grunde, sondern eine gesetzliche Vorschrift. So ist im angeführten zweiten Beispiel der Wille der Parteien zunächst nur gerichtet auf Berechtigung und Verpflichtung zur Ausrichtung des Mandats. Wenn nun in Folge der Ausrichtung desselben dem Mandatar eine Klage erworben wird, und er diese dem Mandanten cediren muß, so beruht dieses auf positiver gesetzlicher Vorschrift. Dazu daß eine solche gesetzliche Verpflichtung zur Cession eintritt, ist übrigens das Vorangehen eines Rechtsgefühls keineswegs nothwendig. So ist der Eigenthümer eines Sclaven dem Verführer desselben, den er aus diesem Grunde in Anspruch nimmt, verpflichtet, demselben die auf Wiedererlangung des Sclaven gerichteten Klagen abzutreten[53]) — ein Rechtsgeschäft ist die Verführung des Sclaven doch unmöglich!

Wir werden demnach mit vollem Recht die Reihe der unfreiwilligen Cessionen, die in einem Rechtsgeschäft ihren Grund hat, von der andern scheiden dürfen, wo die Verpflichtung auf positiver gesetzlicher Vorschrift beruht; die practische Bedeutung dieser Trennung wird aus der weiteren Entwickelung hervorgehen. Die Verpflichtung zur Cession beruht auf einem Rechtsgeschäft, wenn das Rechtsgeschäft unmittelbar eine Willenserklärung der Parteien enthält, wodurch der Eine berechtigt, der Andere verpflichtet wird zu einer bestimmten Cession, auf

---

53) Mühlenbruch Cession. S. 410.

gesetzlicher Bestimmung, wenn kein Rechtsgeschäft dieser Art voraufging, sei es, daß gar kein Rechtsgeschäft vorliegt, oder ein solches, welches zunächst auf ein Anderes gerichtet ist.

A. Betrachten wir jetzt die erste Classe genauer, die Classe, wo die Cession einer Forderung Erfüllung eines Rechtsgeschäfts ist, welches unmittelbar eine Berechtigung und Verpflichtung zur Cession einer bestimmten Forderung begründete, so tritt uns als Hauptbeispiel die Cession als Erfüllung eines über eine bestimmte Forderung abgeschlossenen Kaufcontracts entgegen. Eben dahin gehört auch die eine Art der in solutum datio (cessio) einer Forderung [54], die in dotem datio einer Forderung, vorausgesetzt, daß dieselbe venditionis causa ästimirt ist [55]. Weiter gehört hieher die Cession in Folge eines Tauschcontracts, auch hier vorausgesetzt, daß die Verpflichtung auf die Cession einer bestimmten Forderung ging. Hieran schließt sich die Cession in Folge einer von Miterben vorgenommenen Ertheilung, welche als Tausch aufzufassen ist [56], wie die Cession in Folge eines Vergleichs [57]. Sodann die Cession als Erfüllung eines auf eine bestimmte Forderung gerichteten Schenkungsversprechens, als Erfüllung einer dotis promissio, durch welche der Promissor sich zur Cession einer bestimmten Forderung verpflichtet hat [58] — und manche andere Fälle, z. B. Verpfändung eines nomen, der ein pactum de pignorando in Bezug auf eine bestimmte Forderung voraufgeht [59].

Für die Beantwortung der Frage nach der Haftungspflicht des Cedenten in diesen Fällen haben wir die Rechtsgeschäfte, welche eine causa lucrativa enthalten, von den s. g. onerosen zu sondern. Beruht die Verpflichtung zur Cession auf diesen letzteren, so tritt immer (natürlich von Modificationen durch Privatwillkür abgesehen) eine Haftung des Cedenten für die juristische

---

54) Nämlich die Art der in solutum datio, welche als Kaufcontract und Erfüllung desselben anzusehen ist. Vgl. die obige Ausführung.

55) Vgl. weiterhin Anm. 91.

56) l. 77 §. 10 D. de leg. II.

57) Vgl. weiterhin Anm. 74.

58) Vgl. unten Anm. 91.

59) Vgl. oben Anm. 3.

Realisirbarkeit ein. Ob bei einzelnen Rechtsgeschäften auch für die factische wird erst in Beilage I. und II. erörtert werden. Von den onerosen Rechtsgeschäften zuerst.

Die Haftung für die juristische Realisirbarkeit der Forderung involvirt nach dem im §. 2 Bemerkten die Haftung sowohl für die Fälle, wo die Forderung gar nicht zur Existenz gekommen, oder doch ipso jure, z. B. durch Zahlung, Acceptation u. s. w.[60]) aufgehoben ist, als auch für die, in welchen dieselbe per exceptionem entkräftet werden kann. Ist das Erstere der Fall, so fehlt dem der Cession voraufgehenden Vertrage das Object, der Vertrag ist mithin nichtig und für den Fall, daß er zu den onerosen Rechtsgeschäften gehörte, tritt ein, was Ulpian von dem Fall sagt, wo eine res sacra Gegenstand des Kaufcontracts ist: et quod solverit eo nomine emtor, condicere potest[61]). Was hier von dem Fall eines Kaufcontracts gesagt ist, gilt natürlich von jedem andern onerosen Geschäft. Der Cedent haftet hier also, insofern er das für die Forderung Erhaltene herauszugeben verbunden ist.

Dem Falle, wo eine Forderung ipso jure aufgehoben ist, wird in den Quellen der andere gleich gestellt, wo dieselbe per exceptionem unwirksam ist. Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, heißt es im Titel de regulis juris[62]) und Paulus wie Marcellus führen dieselbe Behauptung nach den beiden Seiten hin aus: creditor autem is est, qui exceptione perpetua summoveri non potest und desinit debitor esse is, qui nactus est exceptionem justam[63]). Ja es wird bestimmt der Untergang einer Forderung ipso jure mit dem Fall, wo dieselbe per exceptionem unwirksam ist, insofern auf gleiche Linie gestellt, als

60) Auch die Compensation ist hierher zu rechnen. Vgl. Anm. 66.

61) L. 23 D. 18 1. — Vgl. auch l. 7 D. 18 4. Cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emtio. — quae si non est, non contrahitur emtio, et ideo pretium condicetur. Von dem Fall des Dolus sehen wir hier natürlich ab.

62) L. 112 D. 50, 17. — Vgl. l. 20 §. 3 D. 40, 12.

63) L. 55 D. 50, 16 und l. 66 D. 50, 17.

der Verkäufer einer solchen Forderung dem Käufer in beiden Fällen verhaftet ist[64]. Ist darnach das Recht des Käufers unzweifelhaft, seinen Contrahenten wegen der Einreden in Anspruch zu nehmen[65], welche derselben entgegenstehen, so kann doch über die juristische Auffassung und Rechtfertigung desselben gestritten werden, die für die weitere Untersuchung von der entschiedensten Bedeutung ist. Es kann nämlich zur Frage stehen, ob wir sagen dürfen, der Verkäufer haftet dem Käufer in diesen Fällen, weil ein Kaufcontract über eine Forderung, der eine Exceptio entgegensteht, welche das ganze Recht des Gläubigers entkräftet, eben so wie ein Kaufcontract über eine ipso jure aufgehobene Forderung nichtig ist, dem Käufer also eine Condictio auf das Pretium zu Gebote steht. Oder ob die Haftung des Verkäufers für die Exceptionen, die der ver-

64) Vgl. l. 14 D. 18, 4. Si nomen sit distractum, Celsus libro nono Digestorum scribit, locupletem esse debitorem non debere praestari, nisi aliud convenit, (L. 5) eum quidem sine exceptione quoque, nisi in contrarium actum sit. Man hat gestritten, ob distrahere hier die Bedeutung von „verkaufen" hat, oder die allgemeinere von „veräußern". Mag auch das Wort nicht selten (wie dieses wirklich unzweifelhaft ist) in dieser allgemeinern Bedeutung vorkommen, so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß an unserer Stelle nur die erstere zulässig ist. Ich will kein Gewicht darauf legen, daß diese Stelle im Titel de hereditate vel actione vendita steht, — entscheidend ist, daß noch in derselben l. 5 der distractor nominis als venditor nominis bezeichnet wird. Es heißt nämlich nach den angeführten Worten weiter: sed si certae summae debitor dictus sit, in eam summam tenetur venditor et cet. — Gleichfalls ist unzweifelhaft, daß hier nur vom Verkauf eines in specie bestimmten nomen die Rede ist, nicht vom Verkauf eines nomen (von bestimmter Größe) in genere, welches letztere überhaupt bei den Römern sehr selten vorgekommen sein mag, (vgl. Anm. 8 am Ende). Es wird nämlich das, was im Anfang der Stelle blos als Verkauf eines nomen bezeichnet ist, weiterhin in die beiden Fälle zerlegt si certae und si incertae summae debitor dictus sit, wonach der Jurist offenbar nicht an den Verkauf eines nomen in genere gedacht haben kann.

65) Genauer: wegen der Einreden, die schon einer Klage des Veräußerers selbst entgegenstanden. Darüber weiterhin. Auch darüber weiter unten, ob eine Haftung nur wegen peremtorischer, oder auch wegen dilatorischer Einreden eintritt.

kauften Forderung entgegenstehen, auf andere Weise zu erklären ist.

Die erstere Auffassung werden wir bei genauerer Betrachtung unbedingt verwerfen. In der That ist nicht einzusehen, wie die emtio venditio einer Forderung, der eine Einrede entgegensteht, wegen mangelnden Objects nichtig sein kann. Das Object, die Forderung, existirt ja, ihre Geltendmachung vermag entkräftet zu werden durch ein entgegenstehendes Recht des Schuldners, wobei es aber von dem Willen des Schuldners abhängt, ob er von demselben Gebrauch machen will, oder nicht[66]), ja es braucht der Gläubiger nur späterhin gegen die Einrede des Schuldners eine Einrede zu erwerben, so tritt die Forderung in ihrer vollen Wirksamkeit hervor. Ist jene Ansicht sonach vom theoretischen Standpunkt aus nicht zu halten, so noch weniger vom practischen. Setzen wir einen concreten Fall: Ich habe eine Forderung gegen Jemand auf 100, gegen welche derselbe die exceptio doli hat. Jetzt verkaufe ich die Forderung an einen Dritten und cedire sie ihm sofort. Unmittelbar darauf erläßt mir der Debitor meinen Dolus. Würde nun in diesem Fall der Cessionar geltend machen können, der Kaufcontract, weil ab initio ohne Object, sei nichtig, und quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere —

---

66) Auch wenn eine Forderung ipso jure, z. B. durch Zahlung untergegangen ist, muß sich der Schuldner auf die Zahlung berufen — die Einrede (im processualischen Sinn) der Zahlung entgegenschützen — aber nur um den Richter in Kenntniß zu setzen; die Wirkung der Zahlung ist unabhängig von der Berufung des Schuldners, während dieses anders ist bei der Exceptio im römischen Sinn. Hier tritt die Wirkung erst durch die Erklärung des Schuldners ein, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen. Gewissermaßen in der Mitte steht die exceptio compensationis. Die Wirkung tritt nicht ipso jure ein, wie bei der Zahlung, so daß der Schuldner nur den Richter zu benachrichtigen nöthig hätte, er habe eine compensable Gegenforderung, sondern er muß ihm erklären, von seinem Recht zur Compensation Gebrauch machen zu wollen. Insofern muß behauptet werden, daß die compensatio ope exceptionis wirkt. Allein der Schuldner braucht auch nur erklärt zu haben, daß er von seinem Recht Gebrauch machen wolle, so wird es jetzt so angesehen, als seien Forderung und Gegenforderung von dem Augenblick an, wo beide existent waren, ipso jure untergegangen.

eine Regel, die in der That mit einzelnen bestimmten Ausnahmen[67] ganz allgemein gilt? Gewiß wird dieses Niemand behaupten wollen, und doch müßte dem so sein, wenn ein Kaufcontract über eine Forderung, der eine Exceptio — versteht sich auf die ganze Forderung — entgegenstände, nichtig wäre. Es kommt hinzu, daß gerade aus der angezogenen Stelle l. 4 und 5, D. 18, 4 die Unrichtigkeit dieser Ansicht entschieden hervorgeht. Es heißt zunächst: Bei einem Kaufcontract über eine ipso jure aufgehobene Forderung[68] ist der Verkäufer verhaftet. In welcher Weise, ergiebt sich von selbst, und geht zum Ueberfluß aus l. 7 hervor: er muß das Pretium zurückzahlen, weil der Kaufcontract nichtig ist (wir sehen vom Fall des Dolus ab). Wie nun aber in dem andern Fall, wo dem Schuldner Einreden zustehn? Hier tritt eine andere Haftung ein: in eam summam tenetur venditor, nicht die der Käufer bezahlt hat, sondern die der Größe der verkauften Forderung gleichkommt, wie dies daselbst klar ausgesprochen ist. Wäre der Kaufcontract nichtig, so würde auch hier nur der Kaufpreis condicirt werden können. Es geht mithin mit der größten Sicherheit aus dieser Stelle hervor, daß ein Vertrag über die Cession einer Forderung, gegen die dem Debitor Einreden zustehn, keineswegs nichtig ist. Daß nun aber solche Stellen, wie die angeführten, nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, nicht die gleiche juristische Behandlung beider Fälle rechtfertigen, bedarf keines Beweises; daß kein Unterschied vorhanden ist, hat kein römischer Jurist läugnen können, es wird nur gesagt, daß beide in Bezug auf gewisse rechtliche Folgen gleich stehen[69].

Wie haben wir denn die Haftungspflicht des Verkäufers

---

67) Vgl. v. Savigny's treffliche Entwickelung. Bd. 4. S. 555 ff.

68) Es steht da (l. 4): der Verkäufer muß dafür stehn, daß der Debitor Debitor ist, weiter (l. 5): daß demselben keine exceptiones zur Seite stehn. Offenbar besagt das Erstere: er muß dafür haften, daß die Forderung nicht ipso jure aufgehoben ist.

69) Es ist wohl nicht erst nöthig hervorzuheben, daß jene Stellen im Titel de reg. jur., resp. de verbor. signific. stehen.

eines nomen für den Fall, daß demselben Einreden entgegenstehen, zu rechtfertigen?

Die Antwort ist: Nach Analogie der Haftung des Verkäufers einer res corporalis im Fall der Eviction hat der Verkäufer eines nomen für die Einreden dem Käufer aufzukommen, welche aus seiner Person der Forderung entgegenstehn [70]). Ist das nomen gar nicht zur Existenz gelangt, oder ipso jure aufgehoben, so steht dieses dem Fall gleich, wo beim Kaufcontract über eine res corporalis diese res corporalis gar nicht in rerum natura existirt. Die Haftung des Verkäufers ist in beiden Fällen die gleiche. Stehn aber dem nomen Exceptionen entgegen, so ist dieser Fall in Bezug auf die Haftung des Verkäufers dem Fall, wo dem Käufer einer res corporalis dieselbe evincirt wird, ganz gleich zu stellen, in beiden Fällen hat derselbe dafür einzustehen, daß der Käufer nicht in Folge eines juristischen Mangels des Kaufobjects um den Genuß des Rechts kommt, welches er sich durch den Kaufcontract zu verschaffen beabsichtigte, in beiden Fällen haftet der Verkäufer für die juristische Güte des Kaufobjects, — eine Haftung, die sich natürlich verschieden gestaltet, je nachdem das Object des Kaufs eine res corporalis oder eine Forderung ist; im erstern Fall erscheint sie als Verpflichtung zur evictionis praestatio, im letztern als Verpflichtung, dafür einzustehn, daß die Forderung nicht per exceptionem entkräftet werde. Das Gemeinsame beider Fälle ist, daß durch ein entgegenstehendes selbständiges Recht dem Käufer der Genuß entzogen wird, welchen er durch den Kaufcontract erlangen wollte. Im erstern Fall (bei der Eviction) ist es ein jeder beliebige Dritte, dem ein Recht zustehen kann, welchem das Recht des Käufers weichen muß, im zweiten kann es natürlich nur der Debitor cessus sein, dessen Recht das Recht des Cessionars entkräftet [71]). So ist

70) Ob man zu sagen habe „welche der Forderung mit Erfolg entgegengesetzt werden können, oder entgegengesetzt werden, darüber vgl. weiter unten. Hier drücke ich mich absichtlich allgemeiner aus.

71) Der Cedent kann den Cessionar natürlich nur wegen einer Vertheidigung des Debitor cessus in Anspruch nehmen, welche ihm auch gegen die

die Verhaftung des Verkäufers einer res corporalis, für den Fall der Eviction, und des Verkäufers eines nomen für den Fall, daß demselben wirksame Exceptionen entgegenstehen, nur eine besondere Gestaltung des gemeinsamen Grundgedankens: der Verkäufer hat für die juristische[72]) Güte des Kaufobjects zu haften. — Selbst wenn die römische Jurisprudenz die Haftungspflicht des Verkäufers in beiden Fällen nicht unter denselben Gesichtspunkt gestellt hätte, so müßte die heutige Jurisprudenz diesen Schritt thun. Aber schon im römischen Recht ist dieses geschehn. Denn wenn in den Titel de evictionibus [73]) folgende Stelle des Hermogenian aufgenommen ist:

Qui nomen, quale fuit, vendidit, dumtaxat ut sit, non ut exigi etiam aliquid possit, et dolum praestare cogitur.

Geltendmachung des Anspruchs von Seiten des Cedenten zugestanden hätte. Also nur wenn der Debitor cessus sich auf folgende Weise vertheidigen würde.

I. Er läugnet das Recht des Cedenten,

1) weil dieses Recht nie zur Existenz gelangt sei,

a. weil aus den angeführten Thatsachen das abgeleitete Recht nicht folgt — rechtliche Gegendeduction;

b. weil diese Thatsachen, aus denen das Recht entsprungen sein soll, nicht wahr sind — negative Litis contestation;

c. endlich weil, obschon die Thatsachen wahr sind, ein Umstand, den der Kläger übergangen, Statt gefunden, welcher das Entstehen des Rechts gehindert, z. B. weil eine Bedingung zugefügt sei u. s. w. (dies fällt unter die Einreden im processualischen Sinn).

2) Er giebt zu, daß das Recht zwar entstanden, behauptet aber seinen Untergang durch irgend eine Thatsache, z. B. Solution, Erlaß u. s. w. (Einreden im processualischen Sinn).

In allen diesen Fällen — die Richtigkeit des Vorbringens von Seiten des Debitor cessus vorausgesetzt — hat dem Kaufcontract das Object gefehlt, er ist nichtig, das Pretium kann condicirt werden.

II. Er giebt zu, daß dem Cedenten das Recht zusteht, aber er nimmt seinerseits ein selbständiges Recht in Anspruch, welchem das Recht des Cedenten weichen muß. Darin besteht der Inhalt der römischen Exceptionen. Vergl. Savigny Thl. 5, S. 157 ff. — Nur die Haftung für diese Exceptionen steht auf gleicher Linie mit der Haftung des Verkäufers einer res corporalis für Eviction.

72) Im Gegensatz zur factischen Güte, zu welcher das ädilicische Edict den Verkäufer einer res corporalis (freilich mit Beschränkungen) verbindlich macht.

73) L. 74 § 3, D. 21, 2.

so kann dieses nur von der so eben dargelegten Anschauung aus geschehen sein. Vgl. auch l. 27 und 28 D. 21, 2.

Von der so eben entwickelten Anschauung aus finden eine Menge einzelner Fragen leicht ihre Erledigung.

Zunächst entsteht die Frage: Liegt die Haftung für die juristische Realisirbarkeit der Forderung nur dem Verkäufer eines nomen ob, oder findet sie auch bei den übrigen Rechtsgeschäften Statt, durch welche sich Jemand zur Cession einer bestimmten Forderung gegen einen Andern verpflichtet hat? Die Antwort: ist bei allen onerosen Rechts-Geschäften. Denn war die Forderung gar nicht zur Existenz gelangt, oder ipso jure untergegangen, so ist ein solcher Vertrag wegen fehlenden Objects nichtig, und das Gezahlte wird condicirt werden können. Ist oben weder das Eine, noch das Andere der Fall, sondern steht dem Forderungsrecht nur ein selbständiges Recht des Debitor cessus entgegen, dem das erste weichen muß, mit andern Worten, ist die Forderung per exceptionem entkräftet, oder zu entkräften (worüber nachher), so tritt hier dieselbe Haftung ein, die bei dem Veräußerer einer res corporalis als Verpflichtung zur evictionis praestatio hervortritt; findet diese nun bei allen onerosen Rechtsgeschäften Statt [74]), so muß auch bei diesen, falls ihr Gegenstand eine bestimmte Forderung ist, eine Haftung für die der Forderung entgegenstehenden Einreden Platz greifen.

So ist das Resultat: Jeder Cessionar, der durch ein oneroses, auf die Cession einer bestimmten Forderung gerichtetes

---

74) Eine Verpflichtung zur Evictionsleistung findet Statt, wie beim Kaufcontract, so natürlich auch bei der einen Art der datio in solutum, wo die unterliegende Beredung als Kaufcontract aufzufassen ist, bei der in dotem datio einer venditionis causa ästimirten Sache (Glück Th. 20, S. 205), auch hier liegt ja ein Kaufcontract vor; weiter bei Tauschcontracten (Glück a. a. O. S. 183 f.), bei einer von Miterben vorgenommenen Erbtheilung (Glück a. a. O. S. 185), beim Vergleich in Bezug auf die zur Abfindung gegebene Sache (Glück a. a. O. S. 186 ff. — Puchta § 362) u. s. w. In allen diesen Fällen wird also, falls der Gegenstand des Vertrags ein in specie bestimmtes nomen ist, der Cedent ebenfalls für die Exceptionen, welche der Forderung entgegenstehen, zu haften haben. Ueber den Fall der Bestellung einer dos durch Promissio weiterhin.

Rechtsgeschäft dieselbe erworben, kann den Cedenten wegen der juristischen Realisirbarkeit derselben in Anspruch nehmen.

Daß der Cedent aber nur wegen der Entgegnungen des Debitor cessus in Anspruch genommen werden kann, welche aus seiner Person hergenommen sind, d. h. welche auch einer etwaigen Klage desselben entgegenständen, versteht sich von selbst, und geht überdies aus l. 27 und 28 D. 21, 2 hervor [75]. Ferner kann auch das keinem Zweifel unterliegen, daß er nicht allein dann haftet, wenn die Forderung ihrem ganzen Umfang nach, sondern auch, wenn sie nur zum Theil, gleichviel ob ipso jure untergegangen, oder per exceptionem zu entkräften ist. Das Letztere (wenn sie per exceptionem zum Theil entkräftet wird) ist dem Fall ganz analog, wenn von einer res corporalis ein reeller Theil evincirt wird. L. 1, 13. 64 § 3 D. 21, 2. Das aber könnte in Frage gestellt werden, ob der Cedent nur wegen entgegenstehender peremtorischer oder auch dilatorischer Einreden haftet [76]. Es heißt zwar ganz allgemein in der angeführten l. 5 D. 18, 4: eum quidem sine exceptione quoque; bedenkt man aber, daß dieser Ausdruck auch füglich gebraucht werden konnte, wenn nur die Hauptclasse der Exceptionen (die peremtorischen) gemeint war, ferner daß derselbe Paulus, der hier für die Haftung des Cedenten die Fälle gleichstellt, in denen die Forderung ipso jure untergegangen oder per exceptionem unwirksam ist, an einer andern Stelle die exceptio perpetua dem Fall gleichstellt, wo die Forderung ipso jure erloschen ist [77],

---

75) L. 27. Hoc jure utimur, ut, exceptiones ex persona emtoris objectae si obstant, venditor ei non teneatur. Si vero ad personam venditoris respicient, contra; certe nec ex emto, nec ex stipulatione duplae, nec simplae actio competit emtori, si exceptio ei ex facto ipsius opposita obstiterit. L. 28. Sed si ex utriusque persona et auctoris et emtoris, exceptiones objicientur, intererit, propter quam exceptionem judex contra judicaverit, et sic aut committetur aut non committetur stipulatio.

76) Das Erstere behauptet außer Göschen (Thl. 3, S. 33) und Andern auch Mühlenbruch S. 627, weil das Entgegenstehn von dilatorischen Einreden der veritas nominis keinen Eintrag thue. Man sieht, daß die Entgegensetzung einer Haftung für die veritas und bonitas für das practische Ergebniß von störendem Einfluß ist. Vgl. § 3, S. 37.

77) In der bereits mitgetheilten l. 55 D. 50, 15.

so wird man wenigstens nicht behaupten, daß durch die l. 5 die Frage völlig entschieden ist. Die Beantwortung ergiebt sich vielmehr aus der Betrachtung, daß eine dilatorische Einrede eben so gut wie eine peremtorische als ein juristischer Mangel der Forderung angesehn werden muß, und daß, wenn der Cedent dafür einzustehn hat, daß der Cessionar nicht in Folge eines juristischen Mangels der Forderung um den Genuß des cedirten Rechts kommt, er ganz gewiß auch wegen der dilatorischen Einreden (versteht sich von selbst wegen der in seiner Person bereits begründeten) verhaftet ist [78]) — in ähnlicher Weise wie der Verkäufer einer res corporalis dem Käufer haftet si ususfructus evincitur l. 15 § 1 D. 21, 2 [79]). Demgemäß ist die Ansicht Mühlenbruchs gewiß nicht zu billigen, daß, wenn der Debitor cessus (natürlich vor dem Abschluß des Rechtsgeschäfts, welches zur Cession verpflichtet) einen Specialindult erhalten, der Cedent dem Cessionar nicht zu haften habe.

Endlich ist folgende Frage zu beantworten: Wir haben im Bisherigen ganz allgemein behauptet, der Cessionar kann den Cedenten in Anspruch nehmen, wenn die Forderung entweder gar nicht existirt und, was dem gleich ist, ipso jure vernichtet, oder per exceptionem unwirksam ist. Es fragt sich, kann der Cedent den Cessionar belangen, so wie er erfährt, daß die Forderung diesen juristischen Mangel hat, oder muß er den Debitor cessus zuvörderst ausklagen? — Ist die Forderung gar nicht existent geworden, oder ipso jure untergegangen, so ist die Beantwortung leicht. Gewiß wird er ihn gleich in Anspruch nehmen können, indem er das diesem Gezahlte condicirt, da hier das Rechtsgeschäft nichtig ist. Anders, wenn die Forderung nur per exceptionem entkräftbar ist.

Hier wird die Analogie der Haftung des Veräußerers einer res corporalis für die Eviction derselben entscheiden. Beim

---

78) Es sei denn, daß der Cessionar damit bekannt gemacht war, oder es gewußt hat — in welchem Falle aber eine Aenderung durch Privatwillkür eintritt, wovon wir hier ganz absehn.

79) Nur in Einer Beziehung stelle ich beide Fälle gleich. In beiden kommt ja der Käufer für eine Zeit um den Genuß des gekauften Rechts.

Kauf, wo nach römischem Recht die Verpflichtung des Veräußerers nur darauf ging, das habere licere zu gewähren, tritt die Haftung des Verkäufers erst dann ein, wenn das Object wirklich evincirt ist, weil ja die Möglichkeit da ist, daß dieses von dem dazu Berechtigten nicht geschieht. Deshalb würde auch der Käufer einer Forderung nicht dann schon gegen den Verkäufer auftreten können, wenn er erfährt, daß dem Debitor eine Exceptio zur Seite steht; es ist ja auch hier die Möglichkeit, daß er dieselbe nicht vorschützt, sondern zahlt; ja auch die Erklärung des Schuldners, er sei nicht verpflichtet und wolle nicht zahlen, wird dem Käufer nicht sofort das Recht geben, vom Verkäufer Entschädigung zu verlangen, sondern er wird wirklich erst seinen Anspruch gerichtlich verfolgen müssen, wobei ihm denn die Pflicht der Litisdenunciation obliegt. So glaube ich nach dem römischen Recht entscheiden zu müssen; eine andere Frage ist, ob nicht nach heutigem Recht die Haftung des Verkäufers einer res corporalis begründet ist, so wie der Käufer in Erfahrung bringt, daß sie demselben nicht gehöre. Und dieses möchte wohl zu bejahen sein, wobei ich freilich hier auf die Entwickelung der Gründe verzichten muß. Demgemäß glaube ich auch, daß der Cessionar den Cedenten nach heutigem Recht immer sogleich dann in Anspruch nehmen kann, wenn er erfährt, daß dem Schuldner wirklich eine Eceptio zur Seite steht.

Das Resultat ist: Der Cedent haftet im Fall der unfreiwilligen Cession, der ein oneroses Rechtsgeschäft zu Grunde liegt, für die juristische Realisirbarkeit der Forderung. Die weitere Frage ist, ob er nicht vielleicht in noch höherem Grade d. h. auch für die factische Realisirbarkeit, mit andern Worten auch dann haftet, wenn zwar der Geltendmachung der Forderung kein juristisches Hinderniß entgegensteht, aber wohl ein factisches, wenn der Debitor cessus sich fortbegeben hat, oder insolvent ist.

Fassen wir die aufgeworfene Frage bestimmter, so kann davon gar keine Rede sein, daß auch der Cedent verhaftet sein sollte, wenn der Debitor cessus **nach** Eintritt des zur Cession einer bestimmten Forderung verpflichtenden Rechtsgeschäfts sich fortbegeben hat oder insolvent geworden ist. Denn nach einer

allgemeinen Rechtsregel trägt vom Augenblick an, wo eine Verpflichtung auf die Leistung einer species zur Existenz gelangt, der Gläubiger die Gefahr, wenn der Gegenstand dieser bestimmten Leistung casuell untergeht oder deteriorirt wird [80]). Die später eintretende Insolvenz des Schuldners ist aber als Deterioration der Forderung zu betrachten [81]). Danach kann nur das zur Frage gestellt werden, ob der Cessionar sich an den Cedenten halten kann, wenn der Debitor cessus bereits zur Zeit des Rechtsgeschäfts, wodurch der Cedent sich zu dieser bestimmten Cession verpflichtet, insolvent war, oder sich entfernt hatte. Nur diesen Sinn verbinden wir mit der Frage, ob der Cedent auch für die factische Realisirbarkeit der Forderung haftet [82]).

---

80) Eine Regel, die nur dann eine Ausnahme erleidet, wenn die Gegenleistung an die fortwährende Dauer einer Leistung geknüpft ist, wie dieses bei den Obligationen der Fall ist, wo auf der einen Seite eine Gebrauchsüberlassung versprochen ist, namentlich bei der locatio conductio rerum. Vgl. Vangerow Thl. 3, S. 215—225. Ueber jene Regel in Bezug auf den Kaufcontract einer species vgl. Thöl Handelsrecht in Bezug auf den unbedingten Verkauf, S. 257 267, den bedingten. S. 269.

81) Wir bedürfen sicher keines weitern Beweises für den Satz, daß der Cedent wegen der später eintretenden Insolvenz nicht in Anspruch genommen werden kann, als der gegebenen Deduction aus allgemeinen Rechtsprincipien. Wer aber eine äußere Beglaubigung wünschen möchte, den verweisen wir auf die vielfach besprochene, aber auch vielfach mißverstandene Stelle, l. 96, § 2 D. 46, 3. Soror, cui legatum ab herede fratre debebatur, post motam legati quaestionem transegit, ut nomine debitoris contenta legatum non peteret. Placuit, quamvis nulla delegatio facta, neque liberatio secuta esset, tamen nominis periculum ad eam pertinere; itaque si legatum contra placitum peteret, exceptionem pacti non inutiliter opponi.

Mühlenbruch findet hierin einen Fall der datio in solutum. Unrichtig. Jene Stelle redet von einer Cession in Folge eines Vergleiches, wie Puchta (bei Weiske S. 654) bemerkt. Weiter aber ist zu beachten, daß das nominis periculum die Gefahr der Verschlechterung nach eintretender Verpflichtung zur Cession (die hier mit der Cession zusammenfallen mag) bezeichnen soll. Wir verlieren freilich durch diese Erklärung eine Stelle, die vielfach für die Frage angezogen ist, ob der Cedent für die Solvenz des Schuldners zur Zeit der Cession oder schärfer des zur Cession verpflichtenden Rechtsgeschäfts einzustehn habe. Kein Verlust!

82) Vgl. oben S. 16.

Diese Frage müssen wir verneinen — versteht sich abgesehen vom Fall des Dolus und Vertrags. Die Verpflichtung des Cedenten ging zunächst nur auf Cession der bestimmten Forderung, die das Object des Vertrags war. Mit der Cession war der nächste Inhalt der Obligatio erfüllt, nur dann konnte er auch nach strictum jus in Anspruch genommen werden, wenn die Forderung von Anfang an nicht, oder nicht mehr existirte, denn hier war der ganze Vertrag nichtig und eine Rückforderung begründet. Nicht auch dann, wenn sie nur per exceptionem unwirksam war. Allein in diesem Punkt wird die Herrschaft des strictum jus in der weitern Entwickelung gebrochen. Bei dem Kaufcontract wird zuerst eine Haftung des Verkäufers für die juristische Güte des Kaufobjects ausgebildet[83]), hier war das Bedürfniß zunächst fühlbar geworden. Diese Verpflichtung wurde auf alle onerosen Rechtsgeschäfte ausgedehnt, durch welche eine Forderung und Verbindlichkeit, eine species[84]) zu leisten, begründet wird (und darnach konnte auch der Cessionar, welcher durch ein oneroses auf eine bestimmte Forderung gerichtetes Rechtsgeschäft sein Recht erlangt hatte, den Cedenten wegen der Exceptionen in Anspruch nehmen, die der Forderung entgegenstanden). Weiter ist das römische Recht nicht gegangen. Nur beim Kauf- und Tauschcontract wird später durch das ädilicische Edict auch eine Haftung für die factische Güte eingeführt — aber nur, wenn das Object eine res corporalis war. Ob wir nun heute berechtigt sind, das, was das römische Recht nur beim Kauf einer res corporalis zuließ, auch auf Forderungen auszudehnen, ob nicht sonst Gesichtspunkte vorhanden sind, aus denen eine Haftung für die factische Realisirbarkeit zu vertheidigen ist, darüber in den Anlagen I und II; für den Zweck unsers Pharagraphen würde uns das Eingehn hierauf zu weit führen. — Hier haben wir nur noch

83) Genauer gesagt dafür, daß der Käufer nicht in Folge eines juristischen Mangels um den Genuß des Rechts komme.

84) Eine eigentliche Haftung für Eviction, d. h. die bestimmte Haftung, von der der Titel D. 21, 2 redet, kommt nur hier vor, nicht bei generischen Verpflichtungen. Vergl. die obige Entwicklung.

mehrere einzelne Fälle, die in unsere Classe gehören, zu besprechen, in denen man eine Haftung des Cedenten für die factische Realisirbarkeit hat statuiren wollen.

Es ist eine sehr gewöhnliche Behauptung: im Fall eine Forderung dotis nomine cedirt sei, hafte der Cedent dem Cessionar (Ehemann) für die factische Güte der Forderung. In der That ist es merkwürdig, wie diese grundfalsche Behauptung sich von Generation zu Generation hat fortpflanzen können. Schon bei A. Faber findet sich dieselbe, seitdem ist sie von unzählig Vielen wiederholt worden, noch in der neuesten Zeit von Wening-Ingenheim [85]), Mühlenbruch [86]) u. A. Dagegen ist zu sagen, es sind bei einer Cession einer Forderung dotis nomine eine Menge verschiedener Fälle denkbar, die alle für die Frage nach der Haftung des Cedenten wohl zu scheiden sind [87]) — in den wenigsten tritt diese Haftung ein. Wenn man aber jene Behauptung so ganz allgemein hingestellt hat, so beruht dieses, wie Puchta treffend sagt, auf der Verwechslung der Frage „trägt der Mann das Periculum" und der andern „ist der Cedent verpflichtet, die Güte zu gewähren" [88]).

Weiter ist vielfach behauptet, der Cedent müsse bei der in solutum datio für die factische Exigibilität haften; Puchta scheidet hier die in solutum datio, welche auf freier Uebereinkunft beruht, von der, welche dem Gläubiger nach Nov. 4, Kap. 3 aufgedrungen werden kann, und will nur bei letzterer eine Haf-

85) In der letzten von ihm selbst besorgten Ausgabe seines Civilrechts, Bd. 2, S. 75.

86) Cession S. 630.

87) Vgl. unten Anm. 91.

88) Bei Weiske S. 654. Vgl. auch Fritz Erläuterungen zu Wening-Ingenheim. Heft 3, Freiburg 1839, S. 221. „Der Cedent," bemerkt Fritz, „hat hier ohne einen besondern Rechtsgrund weder den Mann (in welchen Fällen dieses dennoch Statt findet, vgl. Anm. 91), der vom Debitor cessus keine Zahlung erlangen kann, noch denjenigen, welcher nach Beendigung der Ehe die dos verlangen kann, zu entschädigen, aber der Mann braucht auch das, was er nicht erhalten konnte, bei der Restitution der dos nicht zu ersetzen, sondern man kann von ihm nichts weiter, als Cession der zustehenden Klagen verlangen."

tungspflicht eintreten lassen. Nach dem, was wir oben ausgeführt haben, sind abgesehn von der Novelle 4 zwei Arten der in solutum (datio) cessio zu scheiden, der einen liegt ein Kaufcontract unter, — hier haftet der Cedent für die juristische Realisirbarkeit, der andern liegt eine Beredung zu Grunde, welche nur dem Schuldner das Recht einräumt, sich durch Cession einer Forderung zu liberiren — hier haftet derselbe sogar für die factische Realisirbarkeit; eine gleiche Haftungspflicht greift bei dem Fall der Novelle 4 Platz.

So viel von der unfreiwilligen Cession, deren Grund ein oneroses Rechtsgeschäft ist.

Wir kommen jetzt zu den Fällen, wo das vorausgehende Rechtsgeschäft eine causa lucrativa enthält. Hierher gehört ganz allein die Cession als Erfüllung eines auf eine speciell bestimmte Forderung gerichteten Schenkungsversprechens [89]. Die Frage nach der Haftung des Cedenten in diesem Fall ist leicht beantwortet. Wenn nämlich derjenige, welcher sich schenkungsweise zur Uebertragung eines dinglichen Rechts in specie verpflichtet, nicht für Eviction aufzukommen hat [90], so haftet auch unserer

---

89) Man scheide folgende Fälle:

1) die Schenkung geschieht durch die Cession selbst — donatio dando (cedendo), ein Fall absolut freiwilliger Cession, wo gar keine Haftung der obigen Erörterung zufolge eintritt.

2) Die Schenkung erfolgt durch ein Schenkungsversprechen (die Cession ist Erfüllung, donatio obligando),
   a. welches auf eine in specie bestimmte Forderung gerichtet ist — unser obige Fall;
   b. welches auf eine Forderung (von bestimmter Größe) in genere geht.

Daß die Cession als Erfüllung eines legatum nominis nicht in diese Classe gehört, braucht kaum bemerkt zu werden. Ist nämlich eine Forderung in genere vermacht, so haben wir gar keinen Fall der unfreiwilligen, sondern der freiwilligen Cession, vergl. oben; ist dagegen eine in specie bestimmte Forderung Gegenstand des Vermächtnisses, so gehört dies zwar unter die unfreiwilligen Cessionen, aber nicht diejenigen, deren Grund ein Rechtsgeschäft, sondern eine gesetzliche Bestimmung ist. Vergleiche unten.

90) Dieses ist jetzt ziemlich allgemein anerkannt, und nach den bestimmten Aeußerungen der Quellen (vgl. Vangerow Bd. III, S. 3, l. 3 ff.) unzweifelhaft. Der eigentliche Streit ist, ob dann, wenn obligando geschenkt

obigen Erörterung zu Folge (Text zwischen Anm. 69 und 73) der Cedent bei einem Schenkungsversprechen, dessen Object eine bestimmte Forderung ist, nicht einmal für die juristische Realisirbarkeit.

Mit der Cession einer Forderung als Erfüllung eines auf eine bestimmte Forderung gerichteten Schenkungsversprechens könnte man versucht sein, den Fall in Eine Reihe zu stellen, wo die Cession Erfüllung einer dotis promissio ist unter derselben Voraussetzung, daß die promissio auf eine bestimmte Forderung gerichtet ist [91]), und auch hier gar keine Haftung

---

ist und zwar so, daß die Obligatio auf ein genus geht (vgl. Anm. 89 sub. 2, b.) eine Haftung eingreift. Darüber ist oben (Text vor Anm. 32) gesprochen.

91) Der Uebersicht wegen mag hier eine Zusammenstellung aller verschiedenen Fälle folgen, wie die Cession bei Bestellung der Dos vorkommen kann, sofern die Verschiedenheit für die Frage nach der Haftung des Cedenten wichtig wird. — Die Bestellung der Dos geschieht:

I. unmittelbar durch Cession der Forderung, dotis datio.

A. die Forderung ist venditionis causa ästimirt. In diesem Fall ist die Summe, auf welche der Anschlag erfolgt, Dotalgegenstand. In Bezug auf die Forderung liegt ein Kauf vor. Die Haftung des Cedenten ist die des Verkäufers eines bestimmten nomen, mithin Haftung für juristische Realisirbarkeit. Vergl. oben Text zwischen Note 60—73.

B. Die Forderung ist nicht, oder wenigstens nicht venditionis causa ästimirt:

1) die Cession ist geschehn von einem zur Dosbestellung nicht Verpflichteten. Dieser Fall gehört zu der Classe der absolut freiwilligen Cessionen, wo gar keine Haftung Platz greift. Vergl. oben § 3 im Anfang.

2) Von einem zur Dosbestellung Verpflichteten, — ein Fall der relativ freiwilligen Cession und zwar der ersten Hauptabtheilung, wo die Möglichkeit für den Schuldner, sich durch Cession einer Forderung zu befreien, ohne daß der Gläubiger einen rechtlichen Anspruch auf diese Cession hat, in der (generellen) Natur der Obligatio begründet ist. Und zwar gehört unser Fall in die erste Classe dieser Hauptabtheilung; die Haftung des Cedenten bestimmt sich als Haftung für die factische Realisirbarkeit. Vergl. oben Text nach Anm. 14.

eintreten zu lassen. Gleichwohl es ist hier anders. Die dotis causa ist für den Mann (den Cessionar) keine reine lucrativa, wie Julian sagt [92]), da er dafür die Bestreitung der Kosten des Ehestandes übernimmt. Es ist daher nicht aus einer Begünstigung der dos hervorgegangen, wenn die Kaiser Severus und Antoninus verordneten [93]), daß wenn die dos durch das Versprechen, ein dingliches Recht und zwar eine species zu übertragen, bestellt sei, der Promissor für die Eviction haften solle. Hieraus geht denn nach den früheren Erörterungen für unsere Frage hervor, daß der Cedent in gleichem Fall für die Exceptionen haften muß, die der Forderung entgegenstehn. Und daraus werden wir dann weiter schließen, daß er auch dann, wenn die Forderung gar nicht existent geworden, oder ipso jure untergegangen ist, d. h. daß er überhaupt für die juristische Realisirbarkeit der Forderung einstehn muß.

B. Wir wenden uns jetzt zur zweiten Classe der unfreiwilligen Cessionen, d. h. zu den Fällen, wo die Verpflichtung zur Cession einer bestimmten Forderung in einer gesetzlichen Vorschrift ihren Grund hat. Hier liegt es nur als nächste Aufgabe ob, die unendlich vielen hierher gehörigen Fälle unter bestimmte Gesichtspunkt zu stellen; das Folgende mag als Versuch dieser in der That höchst schwierigen Aufgabe gelten. Daß wirklich die gemachten Eintheilungen für die Frage nach der Haftung des Cedenten von Bedeutung sind, wird in der weitern Entwicklung klar werden.

Das Gemeinsame aller hierher gehörigen Fälle ist: Es besteht eine Verpflichtung zur Cession einer bestimmten Forderung, die Verpflichtung beruht auf positiver gesetzlicher Vorschrift.

II. Durch das Versprechen eine Forderung cediren zu wollen:

A. eine Forderung (von bestimmter Größe) in genere cediren zu wollen. Hier ist die Cession eine relativ freiwillige, und zwar gehört sie in die zweite Classe der ersten Hauptabtheilung; der Cedent haftet für die factische Realisirbarkeit. Vgl. oben Text zwischen Note 16 und 32.

B. Eine speciell bestimmte Forderung cediren zu wollen — der Fall, von dem im Text die Rede ist.

92) L. 19 D. 44, 7. Vergl. l. 21 § 1, D. 24, 1 u. l. un. Cod. 10, 35.

93) In der bekannten Stelle l. 1 Cod. 5, 12.

Entweder nun steht die gesetzliche Verpflichtung in Verbindung mit einer Obligation, oder einem obligationsartigem Verhältniß[94]), welches, abgesehen von derselben, unter dem Cessionsberechtigten und Cessionspflichtigen besteht, sei es, daß sie an die Stelle einer früher bestehenden Verbindlichkeit tritt, sei es daß sie sich als Erweiterung jenes obligatorischen Verhältnisses herausstellt. Oder die gesetzliche Verpflichtung zur Cession einer bestimmten Forderung steht nicht in dieser Weise mit einem obligatorischen Verhältnisse zwischen dem Cessionspflichtigen und Berechtigten in Verbindung.

Darnach scheiden wir:

1) die Fälle, in welchen die gesetzliche Verpflichtung zur Cession einer bestimmten Forderung nicht in Verbindung steht mit einem abgesehen von dieser Verpflichtung bestehenden obligatorischen Verhältniß zwischen dem Cessionsberechtigten und Cessionspflichtigen. — Als Hauptfall gehört hierher die Verpflichtung des Erben, dem Legatar die demselben vermachte Forderung zu cediren[95]). Die römischen Juristen reden hier von einem Quasicontract — ein leeres Wort; in der That treffen hier alle Erfordernisse zu, um die Verpflichtung des Erben hierher stellen zu können, die Verpflichtung zur Cession einer bestimmten Forderung, die Verpflichtung beruhend auf gesetzlicher Vorschrift[96]), endlich liegt hier kein obli-

---

94) Ich meine das Verhältniß des Besitzers zum Eigenthümer, der die rei vindicatio anstellen kann, des Pfandbesitzers zum Pfandgläubiger, dessen hypothecaria begründet ist und ähnliche Verhältnisse. Vergl. Mühlenbruch S. 416.

95) Daß es in diesem Fall einer Cession nicht erst bedarf, sondern ohne Weiteres dem Legatar eine utilis actio zusteht l. 18 Cod. 6, 37 ändert begreiflicherweise an der juristischen Auffassung dieses Verhältnisses als eines Falls, wo durch gesetzliche Vorschrift eine Verpflichtung zur Cession begründet ist, nichts. Auch noch in manchen andern Fällen der gesetzlichen Verpflichtung zur Cession tritt die Fiction ein, als sei diese geschehn, indem dem Cessionsberechtigten eine utilis actio gegeben wird, ohne daß wir dieses weiter bemerken werden.

96) Vergl. Ulpian l. 19 § 17.

gatorisches Verhältniß zwischen dem Cessionspflichtigen und Cessionsberechtigten in der vorhin ausgeführten Weise, abgesehen von dieser Verpflichtung vor.

2) Die Fälle, wo die gesetzliche Verpflichtung zur Cession einer bestimmten Forderung in Verbindung steht mit einem obligatorischen Verhältniß, welches, abgesehen von jener Verpflichtung, unter dem Cessionspflichtigen und Cessionsberechtigten besteht,

a. sei es nun daß die gesetzliche Verpflichtung Erweiterung des Inhalts eines bestehenden obligatorischen Verhältnisses ist,

b. oder eine Veränderung desselben enthält, sofern an die Stelle einer ursprünglichen Verbindlichkeit auf ein anderes Object die gesetzliche Verpflichtung zur Cession einer bestimmten Klage tritt.

Beide Classen (sub a und b) haben wir jetzt näher zu betrachten. Die erstere (sub a) spaltet sich wieder in eine doppelte Reihe von Fällen.

α. Entweder wird die gesetzliche Verpflichtung von der Ausübung einer bestimmten Berechtigung dergestalt abhängig gemacht, daß nur dann eine Verpflichtung zur Cession von Seiten des Einen der beiden in einem obligatorischen Verhältniß stehenden Personen eintritt, wenn dieser jene Berechtigung wirklich geltend macht. Das Recht auf Cession hängt hier also davon ab, ob der Gegner sein ihm zustehendes Recht ausübt, es ist mithin ein bedingtes. — Hier erscheint die Berechtigung zur Cession von dem Standpunkt der einen von den beiden im obligatorischen Verhältniß stehenden Personen als eine Beschränkung ihres Rechts, sofern mit der Ausübung desselben eine Verpflichtung zur Cession verbunden ist, vom Standpunkt beider als Erweiterung der beiderseitigen Rechte und Verbindlichkeiten.

β. Oder die gesetzliche Verpflichtung wird nicht von der Ausübung einer Berechtigung abhängig gemacht, sondern die Verpflichtung wie Berechtigung ist eine unbedingte. Die gesetzliche Verpflichtung und Berechtigung zur Cession

kann hier nur als eine Erweiterung des zu Grunde liegenden obligatorischen Verhältnisses aufgefaßt werden.

In die erste Classe (sub α) gehören zunächst alle die Fälle, welche Mühlenbruch mit den Worten zusammenfaßt „wer Jemandem zum Schadensersatz wegen abhanden gekommener oder beschädigter Sachen verpflichtet ist, der kann verlangen, daß ihm die diese Sachen betreffenden Klagen zur Entschädigung abgetreten werden.“ So ist z. B. der Eigenthümer verpflichtet, dem Depositar oder Commodatar, den er auf Schadensersatz wegen der durch seine (des Depositars, resp. Commodatars) Schuld abhanden gekommenen Sache belangt, seine die Sache betreffenden Klagen abzutreten [97]). Hier knüpft das Gesetz in der angegebenen Weise an die Ausübung eines Rechts eine Verbindlichkeit zur Klagencession, will der Eigenthümer sein Recht gegen den Depositar nicht geltend machen, so kann dieser begreiflich nicht Cession verlangen; das Recht des Depositars auf Cession ist mithin ein bedingtes. Noch ein Beispiel mag angeführt werden. Der Reisende, welchem in einem Gasthof eine Sache gestohlen wird, hat die Wahl zwischen der Klage aus dem Receptum gegen den Gastwirth und der Klage gegen den Dieb [98]). Will er sich hier an den Wirth halten, so muß er demselben seine ihm auf die Sache zustehenden Klagen abtreten. Auch hier ist die Verpflichtung zur Cession bedingt durch die Ausübung einer zustehenden Befugniß. Ferner gehört hierher die ganze Reihe der Fälle, deren Gemeinsames Mühlenbruch [99]) auf folgende Weise bezeichnet: „Wer nach der Strenge des Rechts eine Schuld bezahlen muß, die gar nicht, oder nur zum Theil als die seinige zu betrachten ist, kann auf Cession der Forderung gegen den wirklichen Schuldner oder den Mitschuldner Anspruch machen,“ — wohin z. B. das Recht dessen, der aus einer cumulativen Intercession zahlen muß,

---

97) Mühlenbruch, Cession S. 409, sub. IV, woselbst auch die einzelnen Fälle zusammengestellt sind, der oben referirte S. 411.

98) Vergl. Savigny System Bd. 5, S. 258. — Mühlenbruch a. a. O. S. 410.

99) S. 412. — Die einzelnen Fälle auf den folgenden Seiten.

auf Abtretung der Klagen sowohl gegen den Hauptschuldner als die etwaigen Mitbürgen gehört.

Das Eigenthümliche der zweiten Classe (sub β) bestand nach Bemerkten darin, daß der Inhalt eines bestehenden obligatorischen Verhältnisses durch die gesetzliche Verpflichtung und Berechtigung zur Cession einer Klage einfach erweitert wird [100]), ohne daß die Berechtigung zur Cession von der Ausübung einer gegnerischen Befugniß abhängig gemacht wird. Hierher gehören viele Fälle; einer ist schon früher berührt, die Verpflichtung des Mandatars, dem Mandanten die Klage zu cediren, welche er durch Ausrichtung des Mandats erworben hat. Das Gleiche gilt vom Negotiorum Gestor gegenüber dem Dominus Negotii. Aus diesem Grunde kann der Käufer vom Verkäufer, der nach dem Verkauf die Sache vermiethet hat, Cession der Klage gegen den Miether verlangen, muß der Besitzer einer Erbschaft die Klagen, welche sich als einen mit der fremden Erbschaft gemachten Gewinn herausstellen, dem Erben cediren [101]). —

---

100) Es sind bei Rechtsverhältnissen, die sich in Folge eines Rechtsgeschäfts entwickeln, die Rechte und Verbindlichkeiten, welche auf einer Vereinbarung der Parteien beruhen, scharf von denen zu scheiden, deren Grund eine gesetzliche Vorschrift ist, — eine Scheidung, die für manche Fälle von der größten praktischen Bedeutung sein kann (z. B. Veränderung des Orts während der Ehe, Eintritt eines neuen Gesetzes nach Abschluß des Rechtsgeschäfts). Das Princip ist hier: das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts beruht auf dem Willen der Parteien, die Rechte und Verbindlichkeiten also, ohne welche jenes Rechtsgeschäft nicht existent geworden wäre, mit andern Worten die zum Begriffe desselben gehören, haben ihren Grund in dem Willen der Parteien. Alle übrigen Rechte und Verbindlichkeiten dagegen sind nicht auf den Willen der Parteien, sondern auf gesetzliche Vorschrift, als ihren Grund zurückzuführen, falls sie nicht in den Inhalt der Vereinbarung in der Art aufgenommen sind, daß der Wille vorliegt, über dieselben vertragsmäßige Bestimmungen zu treffen. Wir wollen das Bemerkte an einem Beispiel durchführen. Bei einem Mandat beruht das Recht des Mandanten auf die Ausrichtung des Auftrags durch den Mandatar und die Verpflichtung des letztern, auf dem Willen der Parteien, weil dieses der nothwendige Inhalt des Mandats ist. Alle übrigen Rechte und Verpflichtungen, z. B. zur Cession von Klagen haben ohne besondere Beredung dagegen ihren Grund in einer gesetzlichen Vorschrift.

101) Vgl. Ihering a. a. O. S. 75, 77 f.

Weiter gehört hierher, wenn derjenige, der eine Sache zu fordern hat, auch die Cession der Klagen verlangen kann, welche der zur Leistung Verpflichtete nach Eintritt dieser Verpflichtung[102]) durch die beschädigende[103]) Handlung eines Dritten erworben hat, vorausgesetzt, daß dem Verpflichteten keine Culpa zur Last fällt, oder er nicht aus andern Gründen das Periculum der Sache zu tragen hat[104]). Hier trifft den Berechtigten, wie das Periculum, so das Commodum, während in den Fällen, wo der Verpflichtete in culpa war, oder aus einem andern Grunde zur Tragung des Periculum verbunden ist, er auch das Commodum für sich in Anspruch zu nehmen berechtigt ist[105]). Statt aller übrigen möge ein bekanntes Beispiel hier genügen. Kaufe ich von Jemandem eine Sache, und ein Dritter beschädigt dieselbe nach abgeschlossenem Kaufcontract vor der Tradition, so muß der Verkäufer mir die actio legis Aquiliae cediren, falls er selbst außer Verantwortung ist; wo nicht, so haftet er mir für mein Interesse, kann aber die aquilische Klage für sich sich selbst anstellen.

Wir wenden uns zur letzten Classe (sub b), zu den Fällen, wo der ursprüngliche Inhalt eines obligatorischen Verhältnisses dergestalt verändert wird, daß an die Stelle der ursprünglichen Berechtigung eine Forderung auf Cession einer Klage tritt. Die Erörterung der hierher gehörigen Fälle schließt sich eng an das so eben Entwickelte an. Die Verpflichtung zur Leistung einer Sache, sahen wir, wird unter Umständen durch die gesetzliche Verpflichtung erweitert, die Klage, welche der Verpflichtete durch die Beschädigung Dritter erworben, zu cediren. Wie nun aber, wenn der Dritte die Sache nicht bloß beschädigt, sondern vernichtet hat, oder die Sache gestohlen ist u. s. w.? Hier ist

---

102) Jhering S. 31—40.

103) Hat der Dritte die Sache vernichtet, so tritt hier zwar auch unter gleichen Umständen die Verpflichtung zur Klagencession ein; allein dieser Fall gehört in die folgende Classe, weil durch die gesetzliche Verpflichtung hier nicht der Inhalt des bestehenden obligatorischen Verhältnisses erweitert, sondern verändert wird. Vgl. gleich weiterhin.

104) Jhering S. 53.

105) Die Begründung bei Jhering S. 30—58.

eine doppelte Möglichkeit vorhanden. Da die Leistung der Sache unmöglich ist, so haftet der Verpflichtete entweder für das Interesse, dann braucht er die ihm zustehenden Klagen nicht zu cediren, sondern hat sie zu eigenem Vortheil — ja kann von demjenigen, den er entschädigen mußte, die diesem auf die Sache möglicherweise zustehenden Klagen cedirt verlangen. Oder er kann sich durch Cession der ihm zustehenden Klagen liberiren. Das Princip, nach welchem das Eine oder Andere eintritt, ist ganz dasselbe, welches wir für den Fall der Beschädigung kennen gelernt haben. Ging das beschädigende oder vernichtende Ereigniß auf die Gefahr des Verpflichteten, sei es, daß er ob culpam oder aus andern Gründen verbunden war, die Gefahr der Sache zu tragen, so tritt das Erstere ein, im entgegengesetzten Fall das Zweite[106]. Aber auch noch auf andere Weise ist die Möglichkeit gegeben, daß an die Stelle der ursprünglichen Verpflichtung zur Leistung einer Sache die Nöthigung zur Cession tritt. Der Verpflichtete kann in Folge einer über die Sache getroffenen Disposition sich in die Unmöglichkeit versetzt haben, die Sache selbst zu leisten. Wenn er nun in Folge dieser Disposition ein Klagerecht erworben hat, so kann auch hier statt der ursprünglichen Verpflichtung die Nöthigung zur Klagencession vorkommen. Auch hier kommt dasselbe Princip zur Anwendung, welches wir vorhin kennen gelernt haben. Die Klagen fallen dem zu, auf dessen Periculum der Umstand (in unserm Fall die mit der Sache getroffene Disposition) ging, aus dem sie entsprungen sind. Das Nähere bei Ihering S. 59—86.

Die größere Anzahl der hierher gehörigen Fälle ist durch das Bemerkte erschöpft, keineswegs alle. So dürften insbesondere manche der von Mühlenbruch § 38. angeführten Fälle hierher zu ziehen sein.

Wie bestimmt sich nun die Haftungspflicht des Cedenten in dieser zweiten Hauptclasse der unfreiwilligen Cession?

Wir müssen hier von dem Satz ausgehen: wie die Verpflichtung zur Cession hier auf gesetzlicher Vorschrift beruht, so

---

106) Ihering S. 30—58.

kommt es auch für den Umfang der Verpflichtung auf den Inhalt des Gesetzes, bestimmter gesagt, darauf an, ob das Gesetz die Verbindlichkeit zur Cession nur in so fern auferlegt, als dem Verpflichteten eine bestimmte Forderung zusteht, — in welchem Fall natürlich keine Haftung Platz greifen kann —, oder ob das Gesetz zugleich mit der Verpflichtung zur Cession eine bestimmte Haftung dem Cessionspflichtigen auferlegt. An sich läßt sich das Zweite so gut denken, wie das Erste, in der Wirklichkeit kommt es nicht vor; überall, wo die Verpflichtung zur Cession auf positiver gesetzlicher Vorschrift beruht, legt das Gesetz eine solche Jemandem nur in so fern auf, als ihm eine Forderung zusteht. Zum Beweise hierfür kann ich nur auf alle einzelnen Fälle hinweisen, in denen eine gesetzliche Verpflichtung Platz greift. Denn aus dem Ausspruch des Scävola[107]), in omnibus, quos idcirco teneri dicimus, quia habent actionem, delegatio pro justa praestatione est, erfahren wir nur, was ohnehin klar ist, daß alle, welche nur in so fern zur Cession verpflichtet sind, als ihnen eine Klage zusteht, durch die Cession des Forderungsrechts[108]) völlig liberirt werden, nicht auch daß alle durch gesetzliche Vorschrift zur Cession Verpflichteten nur sofern verhaftet sind, als ihnen eine Klage zusteht, obschon es überaus wahrscheinlich ist, daß der Jurist hier an diejenigen denkt, welche nur durch Vorschrift des Gesetzes zur Cession verpflichtet sind, und demnach von diesen behauptet, daß sie zu nichts Weiterem, als zur Klagencession verbunden seien[109]).

---

107) L. 51. D. 15, 1.

108) Der Ausdruck delegatio ist in jener Stelle in einer weiteren Bedeutung genommen, wonach er auch die Cession mitbegreift. Denn auch die Litiscontestatio des Cessionars mit dem Debitor cessus wird als delegatio bezeichnet — L. 11 §. 1 D. 46, 2 fit autem delegatio vel per stipulationem, vel per litis contestationem. Vgl. Keller Litiscontestation und Urtheil. S. 90 ff.

109) Scävola sagt, genau genommen, nicht: „alle, die nur insofern verpflichtet sind, als ihnen eine Klage zusteht", sondern alle, die deshalb zur Cession verpflichtet sind, weil sie eine solche haben. Allein es ist Niemand aus dem Grunde, weil er eine Klage hat, zur Cession verpflichtet, die Verpflichtung kann ja nur auf einem Rechtsgeschäft, oder auf gesetzlicher Vorschrift beruhen. Offenbar wollte er sagen: alle die nur so fern ver-

Gleichwohl kann es, ganz abgesehen von Vertrag und Dolus (Modificationen der Haftung, mit denen wir es hier noch nicht zu thun haben) auch hier vorkommen, daß der Cedent zu einer bestimmten Haftung verbunden ist. Der Grund ist dann natürlich nicht die gesetzliche Vorschrift, welche die Cession gebietet, — in Folge dieser findet ja keine Haftung Statt, — sondern ein bestehendes obligatorisches Verhältniß, welches allerdings einen Einfluß auf die Haftungspflicht hinsichtlich der Forderung äußern kann, deren Cession nur durch Rechtsvorschrift geboten ist. Hierin liegt die Rechtfertigung für unsere Eintheilung der auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden unfreiwilligen Cession in die Fälle, wo die gesetzliche Verpflichtung in Verbindung steht mit einem obligatorischen Verhältniß, welches, abgesehen von derselben, unter dem Cessionsberechtigten und Cessionspflichtigen besteht, und wo dieses nicht der Fall ist. In dieser zweiten Classe kann der Cedent nie haften [110]. Anders

---

pflichtet sind, als ihnen eine Klage zusteht. Aber gerade aus der Wahl des Ausdrucks, omnes quos idcirco ... quia geht hervor, daß er an die aus positivem Gesetz Verpflichteten dachte, von denen man allenfalls ungenau sagen kann, sie sind aus dem Grunde verpflichtet, weil sie eine Klage haben, im Gegensatz zu denen, die sich durch ein Rechtsgeschäft hierzu verpflichtet haben. Scävola wollte demnach sagen: alle, die nur sofern verpflichtet sind, als sie eine Klage haben, er wählt aber den Ausdruck, die nur deshalb verpflichtet sind, weil u. s. w., weil er die durchs Gesetz Verpflichteten im Sinne hat.

110) Demgemäß ist der Erbe dem Legatar, dem eine speciell bestimmte Forderung vermacht ist, nur zur Cession (der es freilich für diesen Fall nicht einmal bedarf, vgl. Anm. 95), nicht zu einer Haftung wegen der cedirten Forderung verbunden. Zum Ueberfluß geht dieselbe aus l. 45, § 2. D. de leg. I. hervor. Hat freilich der Verpflichtete nach dem Eintritt der Verpflichtung in irgend einer Weise auf die Forderung eingewirkt, z. B. der Erbe mit dem Schuldner, der vom Legatar noch nicht in Kenntniß gesetzt ist, einen Erlaßvertrag geschlossen, so ist er hierfür allerdings verantwortlich, auch wenn kein Dolus von seiner Seite vorliegt (er war etwa mit dem auferlegten Vermächtniß nicht bekannt). Dieses fällt aber unter die Verpflichtungen des Cedenten, die wir von unserer Betrachtung ausscheiden, nämlich unter die Verpflichtungen, der Geltendmachung der Forderung nichts in den Weg zu legen, Alles herauszugeben, was er nach der Cession, respective nach dem Eintritt der Verpflichtung zu derselben vom Schuldner durch directe oder

in der ersteren, und zwar kann hier die Haftungspflicht in einer doppelten Weise herbeigeführt werden. Dies klar zu machen, bedarf es der oben gemachten Eintheilungen.

Zuerst die gesetzliche Verpflichtung ist Erweiterung des Inhalts eines bestehenden obligatorischen Verhältnisses. Auch diese Classe spaltet sich in zwei Unterabtheilungen. In der erstern ist das Recht auf Cession auf der einen Seite bedingt durch die Ausübung einer Berechtigung auf der andern. Hier muß der Berechtigte sich zur Cession verstehen, wenn er sein Recht verfolgen will; eine Haftung seinerseits für die cedirte Forderung, an sich nach der obigen Darstellung nicht begründet, kann dadurch eintreten, daß die Ausübung seines Rechts nicht allein an die Cession gebunden ist, sondern noch andere Voraussetzungen hat, in der Weise, daß das Nichtvorhandensein derselben seinem Gegner eine Einrede giebt — die eine Weise, wie eine Haftungspflicht herbeigeführt werden kann. Dadurch nämlich, daß der Schuldner zwar die Cession in Anspruch nimmt, aber ohne den Mangel jener andern Voraussetzung für sich geltend zu machen, leistet, kann es geschehen, daß der Cedent in irgend einer Weise, sei es für die juristische, sei es selbst für die factische Realisirbarkeit einstehen muß. Ein Beispiel wird dieses am besten erläutern. In die Reihe der zu dieser Classe gehörigen Fälle ist, wie wir oben gesehen, auch die Berechtigung des Bürgen zu stellen, auf Cession der Klagen gegen den Hauptschuldner uud die etwaigen Mitbürgen. Allein nicht nur hierdurch, sondern auch dadurch ist die Geltendmachung des Rechts von Seiten des Gläubigers gegen den Bürgen beschränkt, daß dem letztern in der Regel [111]) alle Einreden

---

indirecte Leistung erhalten hat u. s. w. (vgl. §. 2 im Anfang). Eine uneigentliche Zahlung im technischen Sinne liegt freilich hier nicht vor, gleichwohl werden wir hierin eine indirecte Leistung im weiteren Sinne finden können.

111) Vgl. Vangerow Band 3 S. 142 ff. Gewöhnlich wird behauptet, der Bürge könne nicht die exceptiones personales aus der Person des Hauptschuldners vorschützen, also namentlich nicht die exceptio pacti de non petendo in personam. So unzweifelhaft dieser nach Pandektenrecht ist, so bedenklich will es mir seit der Ertheilung des beneficium excussionis durch Novelle 4 erscheinen.

aus der Person des Hauptschuldners gestattet sind, z. B. die exceptio doli, metus, St. Vellejani. Setzen wir nun den Fall, der Bürge zahlt, indem er erklärt, von seinem Recht, Cession der Klage gegen den Schuldner zu fordern, Gebrauch machen zu wollen, obschon ihm etwa die exceptio doli aus der Person des Hauptschuldners zugestanden hatte, so entsteht die Frage, hat er einen Anspruch gegen den Gläubiger, wenn er hinterher in Erfahrung bringt, daß dem Hauptschuldner (dem Debitor cessus) dieselbe zur Seite stand — denn wenn er es bei der Zahlung wußte, so kann die Verneinung keinem Zweifel unterliegen.

Wenn wir behaupten, der Bürge hat in diesem Fall die condictio indebiti (l. 26 § 3 D. 12, 6), so könnte man mit einigem Schein einwenden, die condictio stehe ihm dann allerdings zu, wenn er durch die Zahlung die Forderung des Gläubigers hätte tilgen wollen, da er aber vom beneficium cedendarum actionum Gebrauch gemacht, d. h. erklärt habe, als Käufer jener Forderung angesehen werden zu wollen, so könne er jetzt nicht mit der Behauptung hervortreten, ein indebitum bezahlt zu haben, weil eine Einrede der Forderung entgegen gestanden, da er nicht jene Forderung, sondern die Forderung aus dem Kaufcontract getilgt habe [112]. Ich glaube nicht, daß wir die juristische Anschauung, welche den Bürgen, der vom

---

112) Auch von dieser Auffassung aus würden wir zu dem gleichen Resultat gelangen, daß der Gläubiger (Cedent) für die Einreden dem Bürgen (Cessionar) haftet, welche dieser einer Klage des ersteren aus der Person des Hauptschuldners entgegensetzen konnte, aber wegen Unbekanntschaft mit derselben nicht entgegengesetzt hat. Nur wäre es dann die Klage aus dem Kaufcontract, mit der diese Haftung vom Bürgen (Cessionar) geltend gemacht würde. Als Käufer wird nämlich der Bürge die Haftung für die juristische Realisirbarkeit, d. h. für die Einreden, welche der Forderung entgegenstehen, fordern; freilich aber könnte er in seiner Eigenschaft als Käufer einer Forderung auch nur eine Haftung wegen der Einreden beanspruchen, welche er in seiner Eigenschaft als Bürge einer Klage des Gläubigers hatte entgegen halten können, also z. B. nicht eine Haftung für die exceptio pacti de non petendo in personam, wenn nämlich die gewöhnliche Ansicht (vgl. Anm. 111) die richtige wäre.

beneficium cedendarum actionum Gebrauch macht, als Käufer betrachtet, auf diese Weise in ihre weitern Consequenzen verfolgen dürfen. Denn offenbar sind die römischen Juristen auf diese Anschauung nur geführt, um die Möglichkeit zu erklären, daß der zahlende Bürge Cession der Forderung verlangen könne. Bezogen sie nämlich die Zahlung auf die Forderung des Gläubigers, so war der Hauptschuldner liberirt[113]), eine Cession mithin undenkbar. Sie mußten daher die Zahlung als Zahlung des Kaufpretii für die Forderung auffassen. Dieses geht ganz deutlich aus einer Stelle des Paulus hervor:

l. 36. D. 46, 1. quum quis et reum et fidejussores habens ab una ea fidejus soribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici, nullas jam esse, quum suum perceperit, et perceptione omnes liberati sint. Sed non ita est, non enim in solutum accepit, sed **quodammodo** nomen debitoris vendidit et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones.

Demnach werden wir diese Anschauung auch nur soweit durchführen dürfen, als das wissenschaftliche Bedürfniß es verlangt, eine weitere Verfolgung derselben in ihre Consequenzen lag sicher nicht im Sinn der römischen Jurisprudenz[114]). Und so

---

113) Zunächst würde der Bürge nur seine eigene Schuld getilgt haben, aber eben dadurch auch die des Hauptschuldners, der Fidejussor wegen der Correität seiner Obligatio mit der des Hauptschuldners, der Constituent wegen der Solidarität (Vangerow, Bd. 3 S. 146); wogegen dies bei dem Mandatar anders ist, dessen Zahlung den Hauptschuldner nur ope exceptionis befreiet.

114) Es läßt sich leicht zeigen, daß dieses nicht zulässig ist. Denken wir uns, der Gläubiger belangt den Bürgen; dieser zahlt, indem er sich die Klage cediren läßt. Hier würde nun, wenn wir jene Anschauung consequent durchführen wollten, der Gläubiger, nachdem er die Zahlung erhalten und die Forderung cedirt hat, den Hauptschuldner, der den ganzen Hergang schon erfahren, aber vom Cessionar (dem Bürgen) selbst noch nicht in Kenntniß gesetzt ist, auf Zahlung belangen können, ohne daß dieser sich durch eine Einrede zu schützen vermöchte; er würde ganz in derselben Lage sein, wie jeder andere Schuldnet, dessen Forderung verkauft und cedirt ist vor Benachrichtigung durch den Cessionar; eine Einrede aus diesem Verhältniß heraus wäre eine exceptio de jure tertii. Schwerlich wird aber Jemand Bedenken

werden wie wir auch wohl unbedenklich in unserm Fall die condictio indebiti für begründet halten. So haftet der Gläubiger, welcher dem von beneficium cedendarum actionum Gebrauch machenden Bürgen die Forderung gegen den Hauptschuldner cedirt hat, für alle die Einreden, welche der Bürge aus der Person des Hauptschuldners dem Gläubiger entgegensetzen konnte, aus factischer Unkenntniß aber unterlassen hat, weil in solchem Fall die condictio indebiti begründet ist. Der Cedent haftet hier also für die juristische Realisirbarkeit der Forderung, nämlich mit einer Beschränkung, d. h. nicht für alle Einreden, welche der Hauptschuldner selbst einer Klage des Gläubigers, sondern nur für die, welche der Bürge aus der Person des Hauptschuldners entgegensetzen konnte. Ja, ist die Ansicht von Vangerow richtig, daß der Bürge nach dem neuesten Recht der Novelle gegen den Gläubiger, der es durch eigene Nachlässigkeit verschuldet hat, daß er vom Hauptschuldner keine Befriedigung erhalten kann, hieraus eine Einrede zu entnehmen im Stande ist [115], so müßte der Bürge den Gläubiger, den er gegen Cession der Klage befriedigt, auch wegen der factischen Realisirbarkeit der Klage dann in Anspruch nehmen können, wenn dieser aus Nachlässigkeit so lange gewartet, bis der Debitor insolvent geworden, vorausgesetzt daß der Bürge die Möglichkeit, sich durch eine Einrede zu schützen, wegen factischen Irrthums (Irrthum über die Solvenz des Hauptschuldners) oder die Verschuldung des Gläubigers unbenutzt gelassen hat. Auch hier würde ihm ja die condictio indebiti zur Seite stehn.

Die Absicht war, an einem einzelnen Beispiel zu zeigen, wie auch in der Reihe von Fällen, von der wir hier handeln, unter Umständen auf die oben bezeichnete Weise eine Haftung des

---

tragen, in unserm Fall dem Hauptschuldner die exceptio doli zu geben, die denn doch nur den Sinn haben kann: Du Gläubiger handelst dolose, indem Du die Auffassung der Zahlung von Seiten des Bürgen als Zahlung des Kaufpretii, die blos erklären soll, wie der Bürge dieselbe Forderung noch gegen mich geltend machen kann, in ihren weitern Consequenzen für Dich benutzen willst, da sie doch über ihre ursprüngliche Bestimmung hinaus nicht in die Consequenzen verfolgt werden darf.

115) Bd. 3. S. 143 f.

Cedenten herbeigeführt werden kann. Immerhin mögen sich noch manche andere Fälle denken lassen, wo auf dieselbe Weise eine Haftung des Cedenten begründet wird.

Wenden wir uns zur zweiten Unterabtheilung, zu den Fällen, wo durch die gesetzliche Berechtigung und Verpflichtung zur Cession einer bestimmten Forderung der Inhalt eines unter dem Cessionsberechtigten und Cessionspflichtigen bestehenden obligatorischen Verhältnisses erweitert wird, ohne daß die Berechtigung zur Cession abhängig gemacht wird von der Ausübung einer gegnerischen Befugniß, so kann auch hier, obschon die gesetzliche Disposition den Cedenten nur zur Cession, nicht zu einer Haftung verpflichtet, eine solche durch das unterliegende obligatorische Verhältniß begründet werden, sofern der Cessionar aus diesem den Cedenteu möglicherweise zu belangen im Stande ist, falls die cedirte Forderung juristisch oder factisch inexigibel ist — die zweite Weise, wie eine Haftungspflicht herbeigeführt werden kann. Es genüge hier ein Beispiel, andere werden sich von selbst ergeben. Als ein Fall, welcher in diese Classe gehört, ist oben die Verpflichtung des Mandatars angeführt, die durch Ausrichtung des Mandats erworbenen Klagen dem Mandanten zu cediren. Denken wir uns nun, ich beauftrage Jemand, ein Capital verzinslich auszuleihen; der Mandatar leiht das Geld theils einem Haussohn, theils einem Mann, der, wie ihm bekannt ist, oder doch sein mußte, insolvent ist. Jetzt lasse ich mir die Forderungen cediren, ohne weder die Eigenschaft des einen Debitor als Haussohn, noch die Insolvenz des andern zu kennen — um den Fall bestimmt so zu setzen, daß jeder Gedanke an einen Verzicht auf meine Ansprüche gegen den Mandatar ausgeschlossen ist. Hier wird mir der Mandatar wegen des obligatorischen Verhältnisses in Bezug auf die cedirten Forderungen in dem einen Fall (beim Haussohn) für die juristische, im andern für die factische Realisirbarkeit haften, obschon die gesetzliche Disposition, vermöge welcher er zur Cession verpflichtet ist, ihm keine Haftung auferlegt.

Sodann — die zweite Classe — die gesetzliche Verpflichtung zur Cession tritt an die Stelle des Inhalts eines bereits

vor Eintritt der gesetzlichen Verpflichtung zwischen dem Cessionsberechtigten und Cessionspflichtigen bestehenden obligatorischen Verhältnisses. Es bedarf keiner weitern Ausführung, wie auch hier in ähnlicher Weise, wie in der vorigen Classe, eine Haftung des Cedenten Platz greifen kann.

§. 4.

Modificationen der Haftung durch Privatwillkür und Dolus.

Die gesetzliche Haftung des Cedenten, deren Erörterung uns im vorigen Paragraph beschäftigt hat, kann durch besondere Umstände Modificationen erfahren — durch Privatwillkür und Dolus [1]. Von den Modificationen durch Privatwillkür zuerst.

Gewöhnlich wird der Vertrag als die einzige Weise hingestellt, in der die Privatwillkür erscheinen müsse, um auf die Haftung des Cedenten einen Einfluß zu gewinnen. Nun ist zwar wahr, daß die alleinige Erklärung des Cedenten, oder des Cessionars von keiner Bedeutung ist. Allein wenn der Testator dem Erben ein Legat einer bestimmten Forderung auferlegt, und ihn zugleich verpflichtet, für die juristische oder selbst die factische Realisirbarkeit der Forderung zu haften, so wird Niemand zweifeln, daß auch in diesem Fall durch Privatwillkür die Haftung des Cedenten modificirt und zwar gesteigert ist. Es kommt nur darauf an, daß die Privatwillkür sich in einer für den Cedenten bindenden (falls seine gesetzliche Haftungspflicht erhöht), oder ihn berechtigenden Weise (falls sie gemindert werden soll) darlegt. Unläugbar ist die gewöhnlichste Form der Vertrag. Deshalb werden wir auch in der Zukunft in der Regel schlechtweg (repräsentativ) von Vertrag sprechen.

Durch Vertrag (oder auch durch Disposition des Tastators) kann nun in zwiefacher Weise eine Modification der gesetzlichen

---

1) Vgl. § 2 gegen Ende.

Haftung eintreten. Entweder wird dieselbe gesteigert oder verringert.

1) Die Haftung des Cedenten wird durch Vertrag gesteigert.

a. Die erste Frage ist, welche Modificationen durch einen Vertrag herbeigeführt werden können. Hier haben wir die Fälle zu scheiden, wo gesetzlich gar keine Haftung verlangt wird, eine Haftung für die juristische, endlich eine Haftung für die factische Realisirbarkeit. Denn auch in den Fällen der letzten Art ist eine Erhöhung der Haftungspflicht denkbar. Wir haben früher gesehn, daß der Cedent gesetzlich höchstens nur für die factische Realisirbarkeit der Forderung zur Zeit der Cession aufzukommen hat [2]), hier kann die Haftungspflicht in so fern erhöht werden, als der Cedent sich vertragsmäßig auch für die factische Realisirbarkeit in der Folgezeit verbindlich macht. Denkbar ist auch, er macht sich durch Vertrag nur für die spätere Solvenz des Schuldners oder nur dafür verbindlich, daß der Schuldner sich später nicht an einen Ort entfernt, wo er nicht zu belangen ist. In Dubio wird er aus einer Verschuldung des Cessionars, der etwa durch unveranlaßtes Zögern selbst die Ursache ist, daß er vom Schuldner nichts erhalten kann, eine Einrede gegen dessen Ansprüche entnehmen können. In mannigfacherer Weise kann eine vertragsmäßige Erhöhung der Haftung in den Fällen vorkommen, wo der Cedent gesetzlich nur für die juristische Realisirbarkeit einzustehn hat; hier kann ein Vertrag ihn verpflichten, für die Solvenz des Schuldners zur Zeit der Cession zu haften, oder dafür, daß derselbe sich zur Zeit der Cession nicht fortbegeben habe, oder für beide Fälle. Oder er dehnt seine Haftung auch noch für die spätere Zeit aus, auch hier in mehrfacher Weise. Endlich ist begreiflich, wie die vertragsmäßige Erhöhung der Haftung in ungleich mehreren Gestaltungen hervortreten kann, wo der

2) Vergl. oben § 3.

Cedent gesetzlich zu gar keiner Haftung verbunden war. Hier mag er sich verpflichten, blos dafür einzustehn, daß die Forderung überhaupt zur Existenz gelangt ist, oder weiter, daß sie ipso jure noch existirt, oder daß die oder jene Exceptio nicht entgegensteht, oder auch für die juristische Realisirbarkeit u. s. w. — Ich bin deshalb hier auf eine Erörterung ins Einzelne eingegangen, um zu zeigen, wie vorsichtig man sein muß bei der Interpretation eines Vertrags, durch den eine Erhöhung der Haftungspflicht begründet wird [3]).

b. Die Untersuchung, wann ein Vertrag anzunehmen ist, durch den die Haftungspflicht erhöht ist, und wann eine Erhöhung in der einen oder andern der vielen verschiedenen Weisen vorliegt, gehört nicht hierher. Beides ist quaestio facti. Ich erwähne dieses hier einestheils deshalb, weil es in den Fällen anders steht, wo die gesetzliche Haftungspflicht durch Privatwillkür gemindert erscheint, anderntheils, um mich zu rechtfertigen, daß ich auf eine Frage nicht eingehe, deren Erörterung an dieser Stelle das Herkommen rechtfertigen würde, wenn überhaupt eine solche Rechtfertigung für wissenschaftliche Untersuchungen möglich wäre, — die Frage, ob ein Vertrag, für die bonitas nominis zu haften, wie man die Frage gewöhnlich faßt, schon in dem Versprechen der Gewährleistung der Forderung liegt.

2) Die Haftung des Cedenten wird durch Vertrag gemindert.

---

3) Auch darin kann sich eine Verschiedenheit offenbaren, daß der Cedent dem Cessionar entweder Haftung für sein volles Interesse verspricht, oder nur Haftung bis zu einem gewissen Betrage, zum Beispiel Werthe des für die Cession hingegebenen Gegenstandes. In Dubio ist das Erstere anzunehmen; das Letztere liegt zum Beispiel dann vor, wenn der Cessionar beim Kaufcontract über eine bestimmte Forderung — um diesen als Beispiel zu nehmen — erklärt hat, er wolle die Forderung kaufen, nur müsse sie juristisch und factisch exigibel sein. Denn dadurch macht er die (juristische oder factische) Exigibilität der Forderung zu einer wesentlichen Eigenschaft in dem § 5 zu entwickelnden Sinn, dergestalt, daß der Vertrag nichtig ist, so wie jene Eigenschaft fehlt. Vergl. § 5 Text vor Anm. 13.

a. Sehen wir auch hier zuerst auf die verschiedenen Modificationen der Haftung, welche durch Vertrag herbeigeführt werden können, so begegnet uns fast dieselbe Mannigfaltigkeit, in der eine vertragsmäßige Steigerung der Haftung vorkam. In den Fällen freilich, wo gesetzlich gar keine Haftung eintritt, ist keine Verringerung denkbar. Wohl aber in der zweiten Classe, wo der Cedent gesetzlich für die juristische Realisirbarkeit einstehn muß, in vielfacher Weise. Hier ist eine Minderung denkbar dadurch, daß der gesetzlichen Haftung eine oder die andere Exceptio entzogen wird, in Bezug auf die der Cedent vertragsmäßig das Recht erwirbt, nicht zu haften, oder vielleicht alle Exceptionen im römischen Sinn, so daß der Cedent nur dafür einstehn muß, daß die Forderung überhaupt zur Existenz gelangt und nicht ipso jure aufgehoben ist. Oder weiter auch dadurch, daß der Cedent von der Haftung dafür liberirt wird, daß die cedirte Forderung nicht durch Erlaßvertrag untergegangen ist, oder überhaupt dafür, daß die cedirte Forderung nicht ipso jure aufgehoben ist, u. s. w. [4]). Eine noch größere Mannigfaltigkeit der Art und Weise, wie vertragsmäßig eine Minderung der Haftung erfolgen kann, tritt uns da entgegen, wo eine gesetzliche Haftung für die factische Realisirbarkeit besteht. So ist die Verschiedenheit der Fälle, wie die gesetzliche Haftung durch Vertrag gemindert wird, eine wahrhaft unendliche, wie diejenige, wo eine Erhöhung auf dieselbe Art eintritt. Man glaube nicht, daß alles dieses in der Theorie sich füglich hinstellen lasse, in der Praxis schwerlich vorkommen möge. Sollte es nicht vorkommen, daß derjenige, welcher einem Andern eine Forderung gegen einen Filiusfamilias verkauft, die Freiheit von der Haftung dafür sich ausbedingt, daß der Schuldner das Sctum Mace-

---

4) Zum Beispiel der Cedent bedingt sich durch Vertrag das Recht aus, für die Klagbarkeit nicht zu haften, sei es nun daß er es unbestimmt läßt, ob die Forderung klagbar ist (vergl. Anm. 7), oder daß er dem Cessionar erklärt, die Forderung sei nur eine naturalis obligatio.

donianum vorschützen werde[5]? Oder dafür, daß ein Schuldner nicht auf dem Wege einer Exceptio gegen die Klage sein Recht auf in integrum restitutio geltend macht? Oder sollte der Cedent, der eine von seinem Erblasser überkommene Forderung verkauft, sich nicht Freiheit von der Haftung ausbedingen können, falls die Forderung ipso jure untergegangen sein sollte, das heißt, juristisch ausgedrückt, wenn wir den Fall so setzen, daß die Zahlung bereits erfolgt ist, einen Verzicht des Cessionar auf die ihm möglicherweise zustehende condictio[6]) erlangen können? Oder kommt es nicht vor, daß der Cedent in einem solchen Fall mit dem Cessionar sich dahin verständigt, er wolle zwar dafür einstehn, daß die Forderung nicht durch Zahlung des Schuldners getilgt sei, denn derselbe sei immer ein schlechter Zahler gewesen, und sein Erblasser habe Niemanden mahnen können, nicht aber auch dafür, daß sie nicht auf andere Weise erloschen sei, — in welchem Fall der Cedent sich durch Vertrag von der Haftung dafür befreit, daß die Forderung ipso jure getilgt, mit Ausnahme des Untergangs durch Zahlung? Oder daß der Cedent, der gesetzlich für die factische Realisirbarkeit haften müßte, von dem Cessionar einen Verzicht erlangt in Bezug auf die Haftung für den Fall, daß der Schuldner zur Zeit der Cession sich entfernt hat, oder daß

5) Vgl. Thöls Handelsrecht § 108 Note 16 (erste Auflage S. 331). Die dort aus den Quellen angeführten Fälle bieten eine schlagende Analogie dar.

6) Ist die Zahlung erfolgt, so, glaube ich, dürfte diese Auffassung als die erscheinen, welche der Absicht der Contrahenten am meisten entspricht (Verzicht auf ein Recht, von dem es ungewiß ist, ob dasselbe dem Verzichtenden zusteht). Erfolgt die Zahlung nicht sogleich, so müßten wir sagen, der Erbe erkläre, nicht die Forderung, sondern eine spes actionis verkaufen zu wollen, ganz ähnlich wie in dem Falle der l. 11 u. 12 D. 18, 4 nam hoc modo admittitur esse venditionem: si qua sit hereditas, est tibi emta — — hoc autem sic intelligendum est, nisi sciens, ad se non pertinere, ita vendiderit, nam tunc ex dolo tenebitur. — Der Begriff der emtio spei wird gewöhnlich zu eng gefaßt; er umfaßt auch die Fälle, wo die Existenzfrage des Objects zwar schon entschieden, aber die Entscheidung von den Parteien noch nicht gewußt ist.

er insolvent ist? u. s. w. Und sind hier nicht die mannigfachsten Combinationen wie möglich, so auch alle Tage in usu? — Daß das Gleiche von der **Steigerung** der Haftung des Cedenten durch Vertrag gilt, bedarf keiner Ausführung.

Oben bei der Steigerung der Haftung des Cedenten durch Vertrag haben wir die Untersuchung, wann eine solche vorliege, als eine quaestio facti zurückgewiesen. Hier, wo es sich um eine Verringerung der gesetzlichen Haftungspflicht handelt, werden wir uns dieser Untersuchung wegen der mannigfachen Rechtsfragen, die hier einschlagen, nicht entziehen dürfen.

Ehe wir hierauf eingehn, tritt uns als Vorfrage entgegen: Ist überhaupt eine vertragsmäßige Minderung der Haftung des Cedenten statthaft, ist ein Vertrag, wodurch dieses erreicht werden soll, nicht ein pactum, ne dolus praestetur?

Die Antwort ist einfach folgende: Auf keinen Fall kann ein Vertrag, der dem Cedenten die Haftung für bestimmte Entgegnungen erläßt, über deren Zuständigkeit der Cedent den Cessionar **bestimmt benachrichtigt**, als ein pactum, ne dolus praestetur angesehen werden; so wenn der Cedent erklärt, der Debitor könne excipiendo das Recht auf in integrum restitutio geltend machen. Nur dann kann die Rede davon sein, wenn der Cedent sich Freiheit von der Haftung ausbedingt, rücksichtlich eines Hindernisses für die Realisirbarkeit der Forderung (sei es eines factischen oder eines juristischen Hindernisses der Realisirbarkeit), dessen **bloße Möglichkeit** er dem Cessionar gegenüber voraussetzt. Hier nun ist die Sache leicht zu entscheiden. Kennt der Cedent die Wirklichkeit trotz dem, daß er die bloße Möglichkeit dem Cessionar zugesteht, so ist der Vertrag, der ihn von der Haftungspflicht befreien soll, ein pactum, ne dolus praestetur, mithin ungültig, im entgegengesetzten Fall nicht [7].

---

7) Wenn z. B. der Cedent in dem Falle, wo er gesetzlich für die juristische Realisirbarkeit haften würde, dem Cessionar erklärt, er wisse nicht,

Daß nun der letzte Fall sich unendlich oft ereignen kann, insbesondere (aber keineswegs allein) dann, wenn der Cedent selbst Cessionar ist, oder die Forderung als Erbe erhalten hat, bedarf keines Beweises.

b. Gehen wir jetzt auf die Frage ein, wann ein solcher Vertrag vorliegt, so haben wir zuerst die Verschiedenheit eines solchen Vertrags von dem Vertrage, durch den die gesetzliche Haftungspflicht des Cedenten erhöht wird, scharf hervorzuheben. Durch Verträge der letztern Art wird das dem Cessionar zustehende Recht, wie dem entsprechend, die Verpflichtung des Cedenten erweitert, der ersteren das dem Cessionar zustehende Recht wie die Verpflichtung des Cedenten beengt. Der Vertrag hat hier also die Natur eines Verzichts. Dieser Verzicht kann nun durch ausdrückliche Erklärung der betheiligten Personen (des Cedenten und Cessionars) oder stillschweigend erfolgen. Die Frage, wenn ein Fall der erstern Art vorliegt, bietet keine Schwierigkeiten dar, wenigstens nicht für die Theorie; anders steht es bei der zweiten Art. Diese ist es, welche wir jetzt in ihren hauptsächlichsten Gestalten, in denen sie erscheint, betrachten wollen.

Zunächst hat der Cessionar auf den Regreß gegen den Cedenten wegen derjenigen juristischen oder factischen Mängel der cedirten Forderung stillschweigend verzichtet, die ihm selbst zur Zeit

---

ob die Forderung klagbar oder nur eine naturalis obligatio sei, und wolle für die Klagbarkeit nicht einstehn, so liegt, falls der Cessionar einwilligt, ein Vertrag vor, wodurch die gesetzliche Haftungspflicht gemindert wird. (Vgl. Anm. 4.) Würde hier nun der Cedent gewußt haben, daß die Forderung eine bloße naturalis obligatio ist, so wäre jener Vertrag als pactum, ne dolus praestetur, ungültig. Wußte er es dagegen wirklich nicht, so ist der Vertrag vollkommen gültig. Man glaube nicht, ein solcher Fall lasse sich nicht leicht finden. Ob z. B. Jemand Filiusfamilias ist oder nicht, ist oft sehr schwer zu bestimmen. Denken wir uns nun, der Cedent hat die Forderung von seinem Erblasser überkommen, sollte er da nicht in Ungewißheit sein können, ob ein Schuldner desselben ex mutuo die Schuld als Filiusfamilias contrahirt hat?

der Cession, respective des der Cession zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts bekannt waren. Das Erste ist der Fall bei der freiwilligen Cession, das Zweite bei der unfreiwilligen, beides mit einigen Modificationen.

Zur nähern Erläuterung dieses Satzes haben wir wieder von den oben gemachten Eintheilungen der Cessionen auszugehn. Die Cessionen zerfallen in 2 Hauptclassen, freiwillige und unfreiwillige, die erstern in absolut freiwillige und relativ freiwillige. Nur bei der letztern Art — nicht bei den absolut freiwilligen — kommt gesetzlich eine Haftung des Cedenten vor; nur hier kann also auch die Rede sein von einer vertragsmäßigen Minderung der Haftung.

In dieser Classe — der relativ freiwilligen Cessionen, haben wir der frühern Darstellung zufolge zwei Hauptabtheilungen zu sondern. Die Eigenthümlichkeit der ersten besteht darin, daß in der (mehr oder minder generellen) Natur der Obligatio der Grund davon liegt, daß der Schuldner sich durch Cession liberiren kann, ohne daß der Gläubiger einen Anspruch auf diese bestimmte Cession geltend machen kann. Hier nun haftet der Cedent für die juristische wie factische Realisirbarkeit der Forderung, weil eine juristisch oder factisch inexigible Forderung gar nicht zu dem genus gehört, welches in obligatione ist [8]). In diesen Fällen verzichtet der Cessionar dadurch, daß er sich die Cession einer juristisch oder factisch mangelhaften Forderung gefallen läßt, falls er die Beschaffenheit der cedirten Forderung kannte, auf seinen Regreß. Sein Recht nämlich, den Cedenten in Anspruch zu nehmen, beruhte darauf, daß er geltend machte, der Cedent habe die Obligatio gar nicht erfüllt, weil die cedirte

---

8) Es sei denn, daß das ganze genus schlecht ist, vergl. § 3.

Nur der Eine Fall, der ebenfalls in diese Classe gehört, der Fall, wo die Obligatio alternativ auf irgend eine Leistung und die Cession einer bestimmten Forderung gerichtet ist, schließt sich, wie in Bezug auf die gesetzliche Haftung des Cedenten (vergl. oben § 3), so auch hinsichtlich der Art, wie ein stillschweigender Verzicht auf die hier begründete gesetzliche Haftung des Cedenten vorkommen kann, ganz an die unfreiwilligen Cessionen an, an die eine oder die andere Classe derselben, je nachdem die obligatio alternativa auf einem Rechtsgeschäfte, oder auf einer positiven Rechtsvorschrift beruht.

Forderung, als factisch oder juristisch inexigibel, nicht in dem genus enthalten gewesen sei, das in obligatione war, weil er also ein aliud geleistet, das er als Erfüllung nicht anzunehmen brauchte. Kannte der Gläubiger hier die schlechte Beschaffenheit, so hat er volens ein aliud als Erfüllung angenommen, will er also später den Cedenten in Anspruch nehmen, weil er re vera ein aliud geleistet, so würde dieser ihm die exceptio doli entgegenhalten, begründet darauf, der Cessionar habe auf das Recht, ihn, den Cedenten, wegen der schlechten Beschaffenheit der cedirten Forderung in Anspruch zu nehmen, d. h. geltend zu machen, daß die cedirte Forderung nicht in dem geschuldeten genus enthalten, also ein aliud gewesen, dadurch verzichtet, daß er wissend und mithin wollend ein aliud angenommen, volenti aliud solvi potest. — Natürlich hat aber der Cessionar nur so weit auf sein Recht gegen den Cedenten verzichtet, als er die schlechte Beschaffenheit der Forderung kannte, nur so weit kann der Cedent sich darauf berufen, daß volenti ein aliud geleistet sei. Setzen wir also den Fall, der Cessionar hat in einem solchen Fall gewußt, daß es mit den Vermögensumständen des Debitor cessus mißlich stehe, aber nicht, daß die cedirte Forderung auch juristisch nicht realisirbar sei, so würde hier zwar der Cedent dem Cessionar, der gegen ihn geltend machen wollte, die mir cedirte Forderung ist factisch mangelhaft, also nicht in dem geschuldeten genus enthalten gewesen, entgegenhalten, allerdings habe ich ein aliud geleistet, aber volenti aliud solvi potest, oder mit andern Worten, Du hast auf Deinen Regreß verzichtet, nicht aber auch dann, wenn der Cessionar urgirte, die Forderung sei juristisch mangelhaft.

Nur dann erleidet dieser Satz, daß die Bekanntschaft des Cessionars mit den Mängeln der cedirten Forderung einen Verzicht auf sein Recht gegen den Cedenten wegen eben dieser Mängel enthalte, eine Ausnahme, wenn der Cessionar im Glauben stand, er müsse sich die Cession dieser Forderung als Erfüllung gefallen lassen. Denn nur unter der Voraussetzung, daß er wußte, er könne ein Anderes verlangen, kann die Annahme jener Cession als stillschweigender Verzicht auf sein Recht

gelten [9]). — So viel von der ersten Hauptabtheilung der relativ freiwilligen Cession, über die zweite weiterhin.

Anders in den Fällen der unfreiwilligen Cession, d. h. in den Fällen, wo der Gläubiger einen rechtlichen Anspruch auf die Cession einer bestimmten Forderung hat. Hier geht die nächste Verpflichtung des Schuldners immer auf eine bestimmte Cession; wenn er in Bezug auf die cedirte Forderung zu einer Haftung verbunden ist, so ist die Haftungspflicht nur eine Erweiterung seiner Verpflichtung. Auf keinen Fall kann also darin, daß der Gläubiger sich die Cession, wenn er auch wußte, daß im concreten Fall der Schuldner noch zu einem Mehreren verbunden war, gefallen ließ, ein Verzicht auf sein weiteres Recht liegen. Wenn dieses unbestreitbar ist, so könnte man doch glauben, der Cessionar müsse in einem solchen Fall dem Cedenten erklären, er habe seine Verbindlichkeiten noch nicht vollständig erfüllt, falls er nicht als verzichtend auf sein weiteres Recht gegen den Cedenten betrachtet werden wolle. Allein auch dieses ist verkehrt, es steht mit dem Grundsatz, daß der Gläubiger nur ein Recht hat, den Schuldner daran zu erinnern, daß er Schuldner ist, nicht auch bei Strafe des angenommenen Verzichts hierzu verpflichtet ist, in Widerspruch. Erläutern wir die Behauptung an Beispielen:

Wir haben früher gesehn, daß, wenn der unfreiwilligen Cession ein Rechtsgeschäft zu Grunde liegt, der Cedent immer für die juristische Realisirbarkeit der Forderung haften muß. Setzen wir nun den Fall, ich kaufe von Jemandem eine Forderung, die dieser gegen den X. hat. Unsere Absicht geht nicht auf sofortige Cession. Einige Zeit nach Abschluß des Kaufcontracts erfahre ich, daß die Forderung juristisch inexigibel ist. Gleichwohl lasse ich mir die Forderung cediren, ohne irgend eine Erklärung, und mache nun hinterher einen Anspruch aus

9) Glaubte er nämlich, die Cession als Erfüllung gelten lassen zu müssen — auf die Entschuldbarkeit des Irrthums kommt es nicht an, so kann der Cedent ihm nicht entgegenhalten, Du hast volens ein aliud angenommen, da es gerade an dem Willen, ein aliud anzunehmen, fehlte. Vgl. Savigny System Bd. 3, S. 363 ff.

dem benannten Umstand gegen meinen Verkäufer geltend. Offenbar ist dieses zulässig; dadurch, daß ich mir die Forderung habe cediren lassen, ohne den Cedenten zu benachrichtigen, daß er in concreto mir noch weiter verhaftet sei, habe ich nicht auf mein weiteres Recht gegen ihn verzichtet. Eben so ist es in den Fällen, wo die Cession einer bestimmten Forderung auf positiver Rechtsvorschrift beruht, wo unter besondern Umständen, wie wir oben (§ 3 a. E.) gesehn, auch eine Haftung eintreten kann. Auch hier liegt darin, daß der Berechtigte, obschon er die Mängel der Forderung kannte, für die der Verpflichtete zu haften hatte, sich die Cession ohne irgend eine Erklärung gefallen ließ, auf keine Weise ein Verzicht auf seinen Regreß. Und so wird in dem am Ende von § 3 angeführten Beispiel der Mandatar dem Mandanten auch dann haften, wenn der Mandant jene Mängel der Forderung kannte [10]) und gleichwohl die Cession verlangte, ohne sich seinen Regreß ausdrücklich vorzubehalten. — Der durchschlagende Grundsatz ist, der Gläubiger braucht den Schuldner nicht daran zu erinnern, daß er Schuldner ist.

Gleichwohl kann auch in der Classe der unfreiwilligen Cession ein stillschweigender Verzicht in der oben angegebenen Weise vorkommen, aber freilich nur in der Classe, wo der Cession ein Rechtsgeschäft unterliegt [11]), und auch hier nur dann, wenn jenes Rechtsgeschäft ein oneroses ist, weil im andern Fall, wie wir früher gezeigt, gesetzlich gar keine Haftung Platz greift. Gesetzlich hat hier der Cedent für die juristische Realisirbarkeit der Forderung einzustehn; auf diese Haftung hat der Cessionar dann verzichtet, wenn ihm die juristischen Mängel der Forderung beim Abschluß des Rechtsgeschäfts bekannt waren, durch

---

10) Vgl. die Worte daselbst: „daß jeder Gedanke, — an einen Verzicht ausgeschlossen ist.“

11) Denn in der zweiten Classe, wo die Verpflichtung zu einer bestimmten Cession auf gesetzlicher Vorschrift beruht, findet regelmäßig gar keine Haftung Statt. Nur auf die oben (§ 3 Text hinter Anm. 110) dargelegte Weise kann gesetzlich eine Haftungspflicht eintreten; daß aber in solchen Fällen von einem stillschweigenden Verzicht in der hier besprochenen Weise nicht die Rede sein kann, ergiebt sich von selbst.

welches er ein Recht auf die Cession derselben erhalten hat. Will nämlich in einem solchen Fall der Cessionar den Cedenten wegen jener Mängel in Anspruch nehmen, so hat er die exceptio doli: Du hast auf Dein Recht, mich in Anspruch zu nehmen, in so fern verzichtet, als in Folge Deiner Kenntniß nicht sowohl ein Kaufcontract (um diesen als Beispiel zu nehmen) über jene Forderung abgeschlossen ist, sondern über jene Forderung mit den bestimmten, Dir wohl bekannten Mängeln. Meistens wird in diesen Fällen der Act der Cession mit dem Rechtsgeschäft zusammenfallen. Hat hier nun der Cessionar die schlechte Beschaffenheit der Forderung gekannt, so liegt nicht darin, daß er die Cession sich gefallen läßt, sondern darin, daß er über diese Forderung ein Rechtsgeschäft einging, ein Verzicht. Auch in dieser Beziehung hat die juristische Betrachtung, die Cession, als Erfüllung von dem Rechtsgeschäft, auf dem sie beruht, zu sondern, mag auch beides, die Cession und das Rechtsgeschäft, factisch zusammenfallen.

Es bleibt jetzt nur noch die Betrachtung der zweiten Hauptabtheilung der relativ freiwilligen Cessionen übrig, wo die Möglichkeit für den Schuldner, sich durch Cession einer Forderung zu liberiren, ohne daß der Gläubiger dieselbe fordern kann, nicht in der Natur der Obligatio, sondern entweder auf einer Gestattung des Gläubigers oder des Gesetzes ruht.

Betrachten wir zuerst die erste Classe, wo der Gläubiger dem Schuldner das Recht einräumt, so haben wir hier nach den frühern Erörterungen die Fälle zu scheiden, wo die Gestattung auf die Cession einer in specie bestimmten Forderung, und wo dieselbe auf Leistung einer Forderung in genere geht. Im erstern Fall haftet der Cedent gesetzlich für die juristische und factische Realisirbarkeit, weil angenommen wird, der Gläubiger habe dem Schuldner nicht schlechthin gestattet, sich durch Cession der Forderung, sondern durch Cession jener Forderung, als einer juristisch und factisch fehlerlosen, zu liberiren, in der Weise, daß dadurch die Fehlerlosigkeit zu einer dergestalt wesentlichen Eigenschaft von den Parteien erhoben worden ist, daß ein Irrthum über dieselbe als error in corpore im weitern Sinn zu betrachten ist, bei welchem jene Gestattung als null

und nichtig erscheint (vgl. § 3). Hier ist nun wohl klar, daß der Cessionar auf die Haftung des Cedenten für die Mängel verzichtet hat, die ihm bei der Gestattung selbst bekannt waren. Aber auch dann, wenn er die Mängel erst späterhin erfuhr, gleichwohl sich aber die Cession gefallen ließ, hat er auf sein Recht, den Cedenten wegen dieser Mängel in Anspruch zu nehmen, verzichtet. Die Cession jener Forderung war die Leistung eines aliud, wodurch nur mit dem Willen des Gläubigers die Obligatio getilgt werden kann. Durch jene Gestattung hatte der Schuldner kein Recht erhalten, jenes aliud als Erfüllung zu leisten, weil sie in diesem Fall nichtig war. Aber indem der Gläubiger die Cession sich gefallen läßt, so willigt er jetzt ein, so daß der Schuldner dem klagenden Gläubiger mit Recht entgegenhalten kann, ich habe mit Deinem Willen ein aliud geleistet (volenti aliud solvi potest), da Dein Wille, wenn auch nicht vorher, doch im Augenblick der Cession vorhanden war. Nur dann ist es in diesem zweiten Fall (wo der Gläubiger nicht schon bei der Vereinbarung, aber doch vor der Cession die Beschaffenheit der Forderung kennen lernt) anders, wenn der Gläubiger der Ansicht war, er müsse sich jetzt die Cession als Erfüllung gefallen lassen, vgl. Anm. 9, indem dann kein Verzicht von seiner Seite anzunehmen ist.

Etwas verwickelter steht die Sache, wenn die Gestattung des Gläubigers auf Cession einer Forderung in genere ging. Hier beruht die Haftungspflicht des Cedenten zunächst darauf, daß eine juristisch oder factisch mangelhafte Forderung gar nicht zu dem genus gehört, auf welches sich die Gestattung bezog (wenn nicht etwa das ganze genus diese Mängel hätte). In dieser Beziehung liegt ein Verzicht vor, wenn der Gläubiger, mit den Mängeln bekannt, sich die Cession gefallen ließ; er kann dann hinterdrein nicht mehr geltend machen, die cedirte Forderung habe nicht zu dem genus gehört. Aber auch, wenn das ganze genus schlecht ist, würde der Cedent haften, weil dann dieselben Grundsätze eingreifen würden, wie da, wo die Verstattung auf eine species ging (vgl. § 3). In dieser Beziehung gelten denn auch hinsichtlich des Verzichts die so eben für diesen Fall entwickelten Grundsätze.

Wir wenden uns schließlich zu der zweiten Classe, wo die facultas alternativa auf gesetzlicher Vorschrift beruhte. Hier kann aber nur der Fall in Betracht kommen, wo die Gestattung des Gesetzes auf ein genus geht — da im andern Fall gar keine Haftung Statt hat. Der einzige hierher gehörende Fall ist demnach der der Novelle 4, c. 3. Der Schuldner kann sich nach derselben unter Umständen durch Cession einer juristisch, wie factisch realisirbaren Forderung liberiren. Läßt sich nun hier der Gläubiger, mit den Mängeln einer Forderung bekannt, die Cession derselben als Erfüllung gefallen, so hat er dadurch auf seinen Regreß verzichtet.

So viel von dem stillschweigenden Verzicht des Cessionar auf sein Recht gegen den Cedenten, welcher in der Bekanntschaft desselben mit den Mängeln einer Forderung besteht.

In den Fällen, wo die Cession Erfüllung eines Rechtsgeschäfts ist, welches eine Berechtigung und Verpflichtung zur Cession einer in specie bestimmten Forderung enthält, liegt ein stillschweigender Verzicht auch weiter dann vor, wenn die **Absicht** der Parteien dahin geht, daß der Cessionspflichtige **nur so weit** verpflichtet sein solle zur Uebertragung, **als** ihm ein Recht zu steht [12]). Dieses wird namentlich der Fall sein, wenn Jemand seine gesammten ausstehenden Forderungen verkauft [13]), — hier

12) Daß Niemand mehr Recht auf einen Andern übertragen kann, als er selbst hat, ist gewiß. Dessenungeachtet kann aber der Cedent sehr wohl dem Cessionar verpflichtet sein, weil er nicht mehr Recht übertragen hat. Nur dann ist er deshalb nicht in Anspruch zu nehmen, wenn seine Verpflichtung auch nicht weiter ging, wie dieses der Fall ist, wenn die Absicht der Partei darauf gerichtet war, daß Jemand ein Recht nur so weit übertragen soll, als es ihm zusteht. — Dieses ist so klar, daß es keiner Erwähnung bedürfte, wenn Mühlenbruch nicht merkwürdigerweise den Satz: „Niemand kann mehr Rechte auf einen Andern übertragen, als er selbst hat" zum Beweis benutzt hätte, daß der Cedent zu einer (näher bestimmten) Haftung nicht verbunden sei. Cession S. 625 unten.

13) Was besonders häufig bei der Aufhebung einer Handelsgesellschaft vorkommt. Thöl Handelsrecht, S. 146.

ist die Absicht beider Theile, wenn nicht immer, doch sehr häufig, daß der Verkäufer nur verpflichtet sein solle, seine Forderungen mit den Mängeln zu cediren, die sie haben mögen. Durch stillschweigenden Vertrag ist hier dem Cedenten die Haftung wegen der cedirten Forderungen erlassen.

Noch in mannigfach anderer Weise mag immerhin ein stillschweigender Verzicht des Cessionars auf den Regreß gegen den Cedenten vorkommen. — Wir brechen jedoch hier ab und wenden uns zu den Modificationen der Haftung durch Dolus. Die Art und Weise, wie ein Dolus des Cedenten vorkommt, ist verschieden nach der Verschiedenheit der Cessionen. Entweder ist der Cessionar durch den Dolus des Cedenten zur Abschließung des Rechtsgeschäfts bestimmt [14]), welches ihm ein Recht gab, Cession, sei es einer in specie bestimmten, sei es eines bald größern, bald engern genus zu verlangen, oder zur Annahme (sit venia verbo!) einer bestimmten Cession. Das Letztere z. B. dann, wenn Jemand unmittelbar durch die Cession einer Forderung schenkt, um den Cessionar zu veranlassen, Kosten auf die Einklagung einer inexigibeln Forderung aufzuwenden. — Auch die Wirkung des Dolus ist verschieden; im Allgemeinen läßt sich nur so viel sagen, in Folge des Dolus kann der Cessionar den Cedenten immer wegen des erlittenen Nachtheils in Anspruch nehmen. Die Ausführung ins Einzelne führt einestheils zu weit, anderntheils ergiebt sie sich aus den allgemeinen Grundsätzen über den Dolus sehr leicht von selbst.

---

14) Und zwar liegt hier ein Dolus schon dann vor, wenn der Cedent „die Muthmaßung der bevorstehenden Insolvenz verschwieg." (Thöl S. 389.)

Beilagen.

Die Untersuchungen über die gesetzlich eintretende Haftung des Cedenten in den beiden Classen der freiwilligen Cession, wie in der Abtheilung der unfreiwilligen, wo der Verpflichtungsgrund eine gesetzliche Vorschrift ist, sind vollständig in § 3 abgethan. Nur in Bezug auf die Haftungspflicht des Cedenten in den Fällen der unfreiwilligen Cession, deren justa causa in einem Rechtsgeschäft besteht, sind dort einige Punkte unerledigt geblieben, deren Besprechung wir uns für die Beilagen vorbehielten. Das Resultat, was wir dort gewonnen haben, war: Ist das Rechtsgeschäft, welches eine Berechtigung und Verpflichtung zur Cession einer in specie bestimmten Forderung begründete, ein oneroses, so haftet der Cedent für die juristische Realisirbarkeit, nicht für die factische; enthält es eine causa lucrativa, so haftet er gar nicht. Wir behielten uns hier vor, die Gesichtspunkte darzulegen und einer Prüfung zu unterwerfen, aus denen in den erstern Fällen eine Haftung des Cedenten selbst für die factische Realisirbarkeit der Forderung behauptet werden kann, und nicht selten behauptet worden ist.

Zunächst läßt sich von dem Gesichtspunkt des Irrthums aus die Begründung einer solchen Haftung versuchen. Regelmäßig wird der Cessionar im Irrthum über die Beschaffenheit der Forderung beim Abschluß des Rechtsgeschäfts gewesen sein, wenn die Forderung schon damals factisch inexigibel war. Hat dieser Irrthum nicht vielleicht Anfechtbarkeit oder gar Nichtigkeit des geschlossenen Rechtsgeschäfts zu Folge? Wäre dies der Fall, so würde der Cedent für die factische Realisirbarkeit der Forderung dann haften, wenn die Cession Erfüllung einer auf eine bestimmte Cession gerichteten, durch ein oneroses Rechtsgeschäft begründeten Forderung wäre.

Daß dieses nicht zulässig ist, werden wir in der Beilage I zeigen. Wenn wir demnach auf die Begründung einer Haftung des Cedenten für die factische Realisirbarkeit bei allen onerosen Rechtsgeschäften verzichten müssen, so könnten wir doch beim Kauf- und Tauschcontract einer in specie bestimmten Forderung die Nothwendigkeit einer solchen Haftung herauszustellen versuchen, und zwar auf doppelte Weise. Zunächst unter Umständen, bestimmter gesagt, in den Fällen, wo der Cessionar mehr als die Hälfte des wahren Werthes der Forderung zur Zeit des Rechtsgeschäfts bezahlt hat, aus dem Gesichtspunkt der laesio enormis [1]. Allein die Frage, ob auch dem Käufer einer Forderung das Recht zustehe, den Kauf wegen der laesio enormis anzufechten, fällt von dem Standpunkt aus ganz weg, von welchem überhaupt jenes Rechtsmittel nur dem Verkäufer gestattet ist. Dies ist der Standpunkt des römischen Rechts, den wir so lange festzuhalten haben, bis uns entweder der Nachweis eines Gewohnheitsrechts geliefert, welches auch dem Käufer jenes Recht ertheilt, oder dargethan ist, daß im heutigen Rechtsleben jener weitere Schritt als nothwendig sich herausstellt. Weder das Eine, noch das Andere ist möglich. So vielfach die Praxis dem Käufer dasselbe Recht gegeben, so wenig läßt sich doch diese Ausdehnung als Gewohnheitsrecht vertheidigen; durch alle Jahrhunderte hindurch haben sich bedeutende Stimmen gegen dieselbe erhoben [2]. Ja man kann auch das hinzunehmen, daß selbst diejenigen, welche auf den Käufer jenes Recht ausdehnten, doch die Zuständigkeit desselben für den Käufer einer Forderung bestritten [3].

Die Erörterung dieses Gesichtspunkts betrachte ich hiermit als für unsere Untersuchung abgethan. Dagegen haben wir in

---

1) Der Streit, ob auch dem Verkäufer einer Forderung das Recht aus der l. 2 C. de resc. vend. zusteht, interessirt uns hier nicht. Gegen Mühlenbruch S. 622 f. Puchta über Cession bei Weiske S. 652.

2) Vgl. Glück, Thl. 17 von Seite 19 an.

3) So z. B. Arnoldus Vinnius in seinen selectae juris quaestiones p. 121, der uns zugleich versichert, daß dieses die einstimmige Ansicht aller Juristen sei.

der Beilage II die Frage ausführlich zu erörtern, ob in Folge der Bestimmungen des ädilicischen Edicts der Cedent im Fall eines auf eine bestimmte Forderung gerichteten Kauf- und Tauschcontracts für die factische Realisirbarkeit einzustehn habe, und wenn dem ädilicischen Edict auch im römischen Recht eine solche Ausdehnung nicht gegeben ist, ob wir nicht heutzutage wenigstens die Bestimmungen desselben auf den Kauf- und Tauschcontract einer Forderung anwenden dürfen.

Erste Beilage.

Einfluß des Irrthums auf die Haftung des Cedenten.

Fassen wir zuerst die Aufgabe bestimmt ins Auge, deren Lösung wir hier zu versuchen haben.

Zunächst haben wir es hier nur mit der Classe von Cessionen zu thun, welche Erfüllung eines Rechtsgeschäfts sind, durch welches eine Berechtigung und Verpflichtung zur Cession einer bestimmten Forderung begründet wurde. Weiter müssen wir auch die Beschränkung machen, daß wir nur von Cessionen auf Grundlage oneroser Rechtsgeschäft reden. Die Voraussetzung ist also: Durch ein oneroses Rechtsgeschäft ist Jemand berechtigt, von einem Andern Cession einer bestimmten Forderung zu verlangen. Hier sind nun folgende Fälle zu scheiden:

I. Ist hier die Forderung juristisch inexigibel, so haftet der Cedent nach der Entwicklung in § 3.

II. Ist die Forderung blos factisch nicht realisirbar, so fragt sich, wann die factische Inexigibilität eingetreten ist,

1) wenn nach dem geschlossenen Rechtsgeschäft, so haftet der Cedent nie. Das Periculum und Commodum trifft den Berechtigten (vgl. § 3). — Nur durch Vertrag kann hier eine Haftung herbeigeführt werden. Vgl. § 4.

2) Ist aber die Inexigibilität schon zur Zeit des Abschlusses des Rechtsgeschäfts vorhanden, so

a. hat entweder der zur Cession Verpflichtete von derselben Kenntniß gehabt, dann war er in dolo, wenn er dieses dem andern Contrahenten nicht anzeigte, — hier haftet er demnach für die factische Realisirbarkeit [1],

b. oder der zur Cession Verpflichtete kannte selbst nicht die factische Inexigibilität.

Daß in diesem Fall der Cessionar dann, wenn er mit der Inexigibilität bekannt war, keinen Regreß gegen den Cedenten hat, ist unzweifelhaft. Nur das ist die Frage, ob der Cedent dem Cessionar für die factische Exigibilität haftet, wenn der letztere die factische Nichtrealisirbarkeit nicht kannte. Daß aber auch hier keine Haftung des Cedenten begründet ist, haben wir § 3 erwiesen, indem wir uns nur die Erörterung eines Arguments vorbehielten, welches man aus dem Irrthum des Cessionars für die Bejahung entnommen hat. Man hat nämlich theilweise entweder behauptet, der Vertrag sei wegen dieses Irrthums anfechtbar, oder gar nichtig, so daß der Cessionar das Gezahlte zurück zu verlangen berechtigt sei. Ob diese Behauptung begründet sei, haben wir hier zu besprechen.

Zunächst: ist ein derartiger Vertrag wegen Irrthums des Cessionars anfechtbar?

Die bejahende Ansicht macht geltend, daß hier ein Irrthum in den Motiven vorliege. Der Cessionar werde zum Abschluß des Rechtsgeschäfts durch die Voraussetzung der factischen Exigibilität der Forderung bestimmt. Wenn nun gleich nicht jeder Irrthum in den Motiven Anfechtbarkeit des geschlossenen Rechtsgeschäfts begründe, so gelte dieses doch dann, wenn ohne diesen Irrthum das Rechtsgeschäft gar nicht zu Stande gekommen wäre. Daß ein derartiger Irrthum auf die Gül-

---

1) Es sei denn, daß der Cedent guten Grund hatte zu glauben, dem Cessionar sei ebenfalls die Inexigibilität bekannt. Dann steht dieser Fall völlig dem andern sub b gleich; es erhebt sich hier wie dort die Frage, ob nicht in Folge des Irrthums eine Haftung Statt hat.

tigkeit eines Rechtsgeschäfts von Einfluß sei, werde im römischen Recht in einer Reihe von Fällen anerkannt. Setzt Jemand eine Person zu seinem Erben ein, die er für seinen Bruder hält, so gelte die Erbeinsetzung nicht, die Exheredation eines Sohns sei nichtig, wenn sie allein aus dem Grunde geschah, weil der Testator ihn nicht für seinen Sohn hielt u. s. w. [2]). Wolle man aber Bedenken tragen, das bei letztwilligen Dispositionen Geltende auch bei Rechtsgeschäften inter vivos zur Anwendung zu bringen, so ständen dem die ganz allgemeinen Aussprüche der römischen Juristen entgegen: nulla voluntas errantis est; — non videntur, qui errant, consentire, und ähnliche [3]).

Wir wollen kein Gewicht darauf legen, daß nach dieser Entwickelung nicht von einer Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts die Rede sein könnte, sondern von einer Nichtigkeit desselben — denn dieses Argument trifft die nicht, welche Nichtigkeit der Disposition annehmen, die durch eine irrthümliche Voraussetzung herbeigeführt ist. Aber weder Anfechtbarkeit, noch Nichtigkeit einer Disposition ist die Folge eines Irrthums in den Motiven, wie aufs treffendste von Savigny nachgewiesen ist [4]), auch dann nicht, wenn das irrigerweise Vorausgesetzte der einzige Beweggrund war. Was jene Stellen anlangt, so restringiren selbst diejenigen, welche sich darauf berufen, ihren wörtlichen Inhalt auf irgend eine Weise, bald so, daß sie einen Irrthum supponiren, ohne den eine Disposition gar nicht vorgenommen wäre, bald so, daß sie einen bedeutenden (!) Irrthum vor-

2) Vergl. Savigny, Th. 3, S. 378 ff. — Vangerow, Th. 2. S. 97 f.

3) Die Stellen bei Savigny a. a. O. S. 342.

4) System Th. 3, Beilage VIII. — Was Claussen über die condictio indebiti in der von ihm herausgegebenen juristischen Zeitschrift. Jahrg. 1844. Heft I. Berlin 1844, S. 175 ff. zur Widerlegung beigebracht hat, verdient keine weitere Beachtung. Sein Hauptargument ist, abgesehen von jenen Stellen errantis nulla voluntas est et cet., daß doch die ädilicischen Klagen, die Condictionen, die Ungültigkeit der auf einem Irrthum beruhenden letztwilligen Verfügungen in das Savigny'sche System nicht passen — als ob Savigny nicht hier gerade Ausnahmen anerkannt hätte!

aussetzen — (Claussen)[5]. Welches Recht, frage ich, haben diese demnach, jene Aussprüche gegen Savigny geltend zu machen, der sie nicht als durchgreifende Rechtsregeln gelten lassen will[6]? In der That ist nichts gewisser, als daß jene Sätze: errantis nulla voluntas et cet. in dieser Allgemeinheit unrichtig sind; und wenn dieses selbst von denen zugegeben wird, welche dieselben gegen die Savignysche Ansicht benutzen, so ist damit zugestanden, daß die Aufgabe ist, unabhängig von jenen Stellen eine Theorie über den Einfluß des Irrthums in den Motiven zu gewinnen. Hier beweist nun gerade die Lehre vom Dolus, wie Savigny hervorhebt, unwiderleglich, daß der Irrthum in den Motiven regelmäßig die von jenem Irrthum aus getroffene rechtliche Disposition weder ungültig, noch anfechtbar macht[7]. Wenn demnach bei den letztwilligen Dispositionen ein Anderes gilt, wenn hier Nichtigkeit der Disposition eintritt, welche auf einer irrthümlichen Annahme beruht, ohne welche dieselbe nicht geschehen sein würde[8], so sind dieses singuläre Bestimmungen, die nur auf dem Gebiete des Erbrechts Geltung finden, auch hier anfangs nur in einzelnen Fällen, dann allgemein; so wie es auch bei den Rechtsgeschäften inter vivos Ausnahmen giebt, „Fälle, in denen ein Rechtsgeschäft, blos wegen des irrigen Beweggrunds als ungültig, durch besondere Klagen angefochten werden kann.“ Savigny findet den einen dieser ausgenommenen Fälle in den ädilicischen Klagen, den zweiten in den Condictionen; vielleicht gelingt es

---

5) Claussen führt die Stellen zuerst zum Beweise an, daß der Irrthum Nichtigkeit der auf demselben beruhenden Disposition zur Folge haben, nachher lenkt er ein, indem er meint, einige Opfer müßten jedoch der Sicherheit des Verkehrs gebracht werden dadurch, daß die unbedeutenden Irrthümer nicht berücksichtigt würden.

6) A. a. O. S. 343: „Jede derselben, heißt es daselbst, will nur sagen, daß in einem gegebenen Falle unter den besondern Bedingungen desselben die in Verbindung mit einem Irrthum vorgenommene Handlung keine Wirkung habe.“

7) Savigny a. a. O.

8) So Vangerow Th. 2, S. 96 f. — Abweichend Savigny Th. 3, S. 378 ff.

in Beilage II zu zeigen, daß der erste Fall keine Ausnahme ist. Gerade aber die festbegrenzte Ausnahmennatur der Condictionen hat, wie Savigny mit Recht bemerkt, jene Regel als nothwendige Voraussetzung.

Ungleich mehr Schein hat die Ansicht derer, welche in dem Irrthum des Cessionars hinsichtlich der Exigibilität der Forderung einen error in corpore im weitern Sinn finden, und aus diesem Grunde das über dieselbe abgeschlossene Rechtsgeschäft als nichtig ansehn. Diese Ansicht wird hier von Principien aus ihre Widerlegung finden, deren genauere Darlegung ich einer besondern Abhandlung über die juristische Bedeutung des Irrthums vorbehalte.

Ein wesentliches Requisit für die Entstehung eines Vertrags ist die Uebereinstimmung der Parteien über das Object desselben. Nur der Schein eines Vertrags kann bei einem dissensus über das Object in Folge eines Irrthums entstehn, und zwar auf doppelte Weise. Es trifft nämlich entweder die Erklärung beider Theile zusammen, aber die Erklärung des einen oder auch beider steht in Widerspruch mit dem Willen, oder auch die Erklärung trifft nicht zusammen, wohl aber sind beide der Meinung, daß ihre Erklärung zusammentrifft. In dem einen wie dem andern Fall waltet ein Irrthum ob; aber der Irrthum ist nicht Grund der Nichtigkeit des scheinbar existenten Vertrags, sondern umgekehrt Grund der scheinbaren Existenz eines wegen mangelnden consensus über des Object nichtigen Vertrags.

Indem wir jetzt auf die verschiedenen Gestalten eingehn, in denen ein dissensus über das Object des Vertrags hervortreten kann, so scheiden wir zunächst die Fälle von unserer Betrachtung aus, wo der anscheinend vorhandene Vertrag [9]) auf ein genus geht. Wir haben es demnach nur mit denen zu thun, wo ein Vertrag über eine species scheinbar vorliegt; hier nun sind die

---

9) Ich werde mich meistens in der Zukunft der Ausdrücke „Vertrag Käufer“ u. s. w. bedienen, statt der genauern Bezeichnung „ein scheinbar existenter Vertrag“ — derjenige, der Käufer sein würde, wenn ein Vertrag re vera existirte“ u. s. w. Ein Mißverständniß ist dadurch nicht möglich gemacht.

Fälle eines absoluten und eines relativen dissensus scharf von einander zu halten.

Die Bestimmtheit des Objects — wir reden hier nur von den Fällen, wo ein Vertrag über eine species in der Absicht der Parteien liegt, — können die Parteien in einer doppelten Weise herbeizuführen versuchen. Entweder durch Hinweisung auf ein vorliegendes Object (ich verkaufe diese Sache, dieses Buch) oder ohne solche Hinweisung, wo dann neben der Angabe der Art von Sachen, zu denen ein Object gehört, noch irgend eine Besonderheit hervorgehoben werden muß, mag dieses letzte durch Beifügung eines nomen proprium (den Sclaven Stichus, das Rittergut Schwansee), oder auf andere Weise geschehn (meine Lampe, mein vor dem Thor belegenes Haus, meine Pfeife mit dem Meerschaumkopfe). Herrscht im letztern Fall, wo die Bestimmtheit des Vertrags auf andere Weise als durch Hinweisung auf ein vorliegendes Object herbeigeführt werden soll, ein dissensus über das Object, so findet, so zu sagen, ein totaler oder absoluter dissensus Statt, weil dann in keiner Beziehung Einigkeit über das Object vorhanden ist. Anders im ersten Fall. Vorausgesetzt, daß die Parteien in der Beziehung des Vertrags auf den vorliegenden Gegenstand einverstanden sind, — wenn anders, so steht dieser Fall dem vorigen ganz gleich — liegt hier immer, auch bei einem dissensus über das Object, dessen Möglichkeit hier dadurch gegeben ist, daß der eine Theil oder beide die vorliegende Sache für einen andern Gegenstand halten, wie es der Wirklichkeit entspricht (nicht derselben blos eine Eigenschaft irrthümlich beilegen oder absprechen), in einer Hinsicht consensus über das Object vor. Der dissensus über das Object mag hier eben deshalb im Gegensatz zum ersten Fall als partieller, besser als relativer bezeichnet werden.

Dieses ist aber nur der eine Fall eines relativen dissensus. Eine Nichtübereinstimmung über das Object des Vertrags ist nämlich auch dadurch noch möglich, daß der eine Theil oder beide, mag der Vertrag unter Hinweisung auf einen vorliegenden Gegenstand geschlossen sein oder nicht, dem Vertragsobject irrthümlich Eigenschaften beilegen. Wenn in diesem Fall

ein dissensus über das Object des Vertrags vorliegt — wann dies eintritt, darüber gleich weiterhin — so ist derselbe ebenfalls als eine Art — die zweite Art — des relativen dissensus aufzufassen, da offenbar auch hier in einer Hinsicht consensus Statt hat.

Sowohl bei einem absoluten als einem relativen dissensus über das Vertragsobject ist der scheinbar existente Vertrag nichtig. Im erstern Fall kann der Schein eines Vertrags auf jene dargestellte doppelte Weise entstehn, im zweiten nur auf die erstere Art.

Daß bei einem absoluten dissensus ein Vertrag nicht existirt, leuchtet von selbst ein, die Beurtheilung, ob ein Fall dieser Art vorliegt, ist ohne Schwierigkeit.

Einer genauern Ausführung bedarf der zweite Theil des Satzes: auch bei einem relativen dissensus ist der Vertrag nichtig.

Wir haben oben gesagt, ein relativer dissensus könne sowohl dann eintreten, wenn bei einem mit Hinweisung auf eine vorliegende Sache geschlossenen Vertrag der eine Contrahent oder auch beide die vorliegende Sache für einen andern Gegenstand halten, wie es der Wirklichkeit entspricht, als auch da, wo der eine Theil oder auch beide dem Vertragsobject irrthümlich eine Eigenschaft beilegen oder absprechen. Die Frage ist jetzt, in welchen Fällen **dort** wie **hier** ein (relativer) dissensus über das Object Platz greift.

In den Fällen, wo das Object des Vertrags durch die Beziehung auf eine vorliegende Sache bestimmt werden soll, der eine Theil aber oder beide diese vorliegende Sache für einen andern Gegenstand halten, lautet die Antwort: ob consensus über das Object Statt findet, oder (relativer) dissensus, ist rein quaestio facti. Es kommt nämlich ganz allein darauf an, ob der Contractswille des irrenden Theils — falls beide irren, beider — auf das Object gerichtet ist schlechthin, d. h. ohne Rücksicht auf die irrige Vorstellung, oder auf den Gegenstand, für den er das vorliegende Object hält, ob z. B. auf vorliegendes Buch, welches er in Folge eines Versehns vom Buchbinder für den Commentar des Gothofredus hält, statt daß es der Odofredus ist, schlechthin, d. h. ohne Rücksicht auf seine irrige Ansicht (man

denke sich, der Käufer ist ein Papierfabrikant), oder ob auf den Commentar des Gothofredus; ob auf das vorliegende Gemälde, oder auf die Ansicht von Heidelberg. Ist das Erstere der Fall, d. h. will der Irrende, wenn beide irren, wollen dann beide, über die vorliegende Sache schlechthin [10]) contrahiren, so leuchtet leicht ein, daß vollkommen consensus Statt hat; der Irrthum ist hier völlig irrelevant, oder, was dasselbe ist, existirt für die juristische Betrachtuug gar nicht [11]). Ist dies nicht der Fall, so sind folgende Unterscheidungen zu machen:

---

10) Wenn hier, wie weiterhin, der Ausdruck gebraucht werden wird „über die vorliegende Sache schlechthin“, so findet dieser durch den vorher hervorgehobenen Zusatz, „d. h. ohne Rücksicht auf die irrige Ansicht“ und durch den Gegensatz „über den Gegenstand, für den die vorliegende Sache gehalten wird“ seine nähere Erläuterung und Begrenzung, denn auch der Papierfabrikant, der ein vorliegendes Buch kauft, welches er irrig für den Gothofred hält, um bei unserm Beispiel zu bleiben, will nicht über die vorliegende Sache völlig schlechthin contrahiren, sondern nur so fern schlechthin, als in seinen Vertragswillen seine irrige Ansicht nicht eingedrungen ist, mit andern Worten, als sein Vertragswille nicht auf den Gegenstand, für den er seine Sache irrigerweise hält, gerichtet ist. Völlig schlechthin ist sein Wille auf jene Sache nicht gerichtet, er will doch über dieselbe, sofern sie eine Menge Papiers enthält, contrahiren, und sein Wille wäre nicht existent, wenn überhaupt nur scheinbar ein Buch vorgelegen hätte.

11) Es steht dieser Fall demjenigen ganz gleich, wenn ich mit einem Menschen, den ich für einen andern halte, contrahire. Will ich hier mit dem Sempronius contrahiren, für den ich den mir gegenüberstehenden Menschen irrig halte, so ist der Vertrag nichtig, ist meine Absicht aber die, mit dem Gegenüberstehenden einen Vertrag zu schließen, schlechthin ohne Rücksicht auf meine irrige Ansicht, so ist der Vertrag auch vollkommen gültig, und meine irrige Ansicht ist juristisch völlig irrelevant. Ob das Eine oder Andere Statt hat, ist auch hier quaestio facti; das Erstere wird ohne Zweifel immer dann der Fall sein, wenn ich meinem Contrahenten creditire. Nicht richtig dürfte die Bemerkung von Savigny (Theil III, S. 273) sein, „daß in vielen Fällen der Irrende gar keine Interesse bei der Verwechselung haben wird, weshalb die Ungültigkeit des Vertrags, die hier überall behauptet werden kann, oft unbeachtet bleiben, auch wohl durch spätere Genehmigung förmlich beseitigt werden wird.“ Ich glaube, daß in den Fällen, wo z. B. der Kaufmann beim Verkaufe seiner Waaren gar keine Interesse daran hat, mit wem er contrahirt, bei einem Irrthum über die Person gar nicht von Ungültigkeit die Rede sein kann, weil er nicht mit dem Titius oder Sem-

1) Nur ein Theil irrt, und dieser will über den Gegenstand, für den er die vorliegende Sache hält, contrahiren (der Fall, wenn über die vorliegende Sache an sich, gehört in die erste Classe, nicht hierher). Hier herrscht dissensus über das Vertragsobject.

2) Beide Theile irren. Hier sind drei Möglichkeiten:

a. Beide wollen über die vorliegende Sache schlechthin contrahiren, dieser Fall ist vorher besprochen und gehört nicht hierher.

b. Der Eine will über die vorliegende Sache schlechthin, der Andere, über den Gegenstand, für den er die vorliegende Sache hält, contrahiren. Dieser Fall steht dem sub 1 angeführten ganz gleich, es herrscht dissensus; der Irrthum dessen, der über die vorliegende Sache schlechthin contrahiren will, ist als juristisch irrelevant, juristisch als nicht vorhanden zu betrachten.

c. Beide wollen über den Gegenstand contrahiren, für den sie die vorliegende Sache halten. Hier wird eine Unterscheidung wichtig, welche für die beiden vorigen Fälle irrelevant ist. Entweder trifft ihre Ansicht zusammen, oder nicht. Im letztern Fall, z. B. der Eine hält das vorliegende Buch — Puchta's Pandekten — für die Pandekten von Mühlenbruch, der andere für die Pandekten von Thibaut, herrscht dissensus über das Object des Vertrags. Anders im ersten Fall; hier hat consensus Statt, aber der Vertrag ist aus einem andern Grunde nichtig, weil das Object desselben nicht existirt, wie wir weiterhin zeigen werden.

Einfacher können wir sagen: Der Irrthum desjenigen, der eine vorliegende Sache für einen andern Gegenstand hält, wie es in Wirklichkeit der Fall ist, ist als juristisch irrelevant,

---

pronius, sondern mit dem Gegenüberstehenden hat contrahiren wollen. Es hängt diese Aeußerung von Savigny damit zusammen, daß er bei seiner sonst so anerkannt trefflichen Darstellung der Lehre vom error in corpore die verschiedenen Gestalten nicht beachtet, in denen ein solcher erscheinen kann.

juristisch dann gar nicht als vorhanden zu betrachten, wenn die Absicht des Irrenden dahin ging, über die vorliegende Sache schlechthin zu contrahiren. Wenn demnach ein solcher Irrthum (juristisch) vorhanden ist, so herrscht dissensus,

1) im Fall nur ein Theil irrt;
2) im Fall, daß beide Theile irren, nur dann, wenn ihre Ansicht auseinandergeht. Trifft sie zusammen, so ist consensus vorhanden.

Der Irrthum, in Folge dessen hier sowohl, wie im Fall eines absoluten dissensus der nichtige Vertrag zur scheinbaren Existenz gelangt, wird angemessen als error in corpore bezeichnet.

Etwas anders steht es mit der Beantwortung unserer Frage da, wo beide Theile über ein Object einig sind, und nur der eine, oder auch beide demselben irrigerweise eine Eigenschaft beilegen oder absprechen. Hätten wir hier keine Rechtsvorschrift, so würden wir auch hier sagen müssen, es kommt darauf an, ob der irrende Theil, oder wenn beide irren, ob beide über das Object contrahirt haben ohne Rücksicht auf die irrig beigelegte Eigenschaft, oder ob sie auch hier den Vertrag über den Gegenstand haben schließen wollen, für den sie das Object halten, d. h. über das Object, sofern es jene irrig angenommene Eigenschaft besitzt. Grade hier leuchtet aber die Nothwendigkeit einer bestimmten Rechtsvorschrift ein. Ob Jemand über Puchta's Pandekten oder über das vorliegende Buch hat contrahiren wollen, dessen ist er sich bestimmt bewußt, ob aber über ein Object, sofern es die irrig beigelegte Eigenschaft hat, oder schlechthin über dasselbe, darüber wird sich ein Contrahent in vielen Fällen schwerlich selbst Rechenschaft geben können, z. B. schwer sagen können, ob er über das Reitpferd des Titius (welches er irrig für fünfjährig hielt), oder über das fünfjährige Reitpferd desselben contrahiren wollte. Man bedenke nur, es ist etwas ganz Anderes, durch eine irrig vorausgesetzte Eigenschaft zum Abschluß über ein Object bewogen werden, und in den Inhalt seines Vertragswillens jene Eigenschaft mit aufnehmen. Sonach vernothwendigen sich hier gesetzliche Bestimmungen — und dieses um so mehr, als ohne dieselben die Sicherheit des Verkehrs in hohem Grade gefährdet sein würde. Diese Bestimmungen lauten

so: In Dubio wird nur dann angenommen, daß jemand über ein Object mit Berücksichtigung der zugeschriebenen Eigenschaft hat contrahiren wollen, wenn dieselbe von der Bedeutung ist, daß das Object, je nach dem Dasein oder Fehlen derselben im Verkehr als Gegenstand einer ganz andern Art erscheint [12]. In Dubio, denn der Privatwille kann hier Modificationen herbeiführen, während in jenen Fällen, wo ein Vertrag über ein vorliegendes Object geschlossen ist, welches der eine Theil oder beide für einen andern Gegenstand halten, wie es der Wirklichkeit entspricht, natürlich von Modificationen durch Privatwillkür nicht die Rede sein kann, da es hier rein quaestio facti ist, ob jemand über die vorliegende Sache schlechthin oder über den Gegenstand, wofür er dieselbe gehalten, hat contrahiren wollen.

Darnach lautet die Antwort in unsern Fällen so:

Die irrige Voraussetzung einer Eigenschaft, welche nicht jene beregte Bedeutung für die Ansicht des Verkehrs hat, ist völlig irrelevant.

Anders, wenn die irrig vorausgesetzte Eigenschaft jene Bedeutung hat.

Ist hier ein Theil in einem derartigen Irrthum, so herrscht dissensus über das Object des Vertrags.

Wenn beide Theile, so fragt es sich, ob beide dieselbe irrige Ansicht theilen oder nicht. Im letztern Fall (der eine hält ein kupfernes Hausgeräthe für ein silbernes, der andere für ein goldenes) liegt dissensus vor, im erstern herrscht Uebereinstimmung über das Object, obschon der Vertrag aus einem andern Grunde nichtig ist — weil das Object, desselben nicht existirt. Dieser Fall scheidet noch einstweilen von unserer Betrachtung aus.

Der Irrthum über eine Eigenschaft, bei welchem ein Vertrag re vera nicht existirt, sei es wegen dissensus, oder weil das Object desselben nicht existirt, durch den aber die scheinbare Existenz des nichtigen Vertrags hervorgerufen wird, wird gewöhnlich als error in substantia im Gegensatz zu den Fällen

---

12) Den Beweis weiterhin.

des error in corpore bezeichnet; völlig unpassend und zu Mißverständnissen verleitend, wie Savigny gezeigt hat. Findet bei dieser Gestaltung des Irrthums, ebenso wie bei der oben betrachteten Form desselben, entweder ein dissensus über den Gegenstand des Vertrags Statt, oder existirt das Object desselben gar nicht, trotz dem daß ein Vertrag durch den Irrthum scheinbar zu Stande gekommen ist, so wird auch diese Form als Irrthum über das Object des Vertrags, als error in corpore aufzufassen sein; um aber dieselbe von den beiden andern Formen mit einem Wort scheiden zu können, mögen wir dieselbe als error in corpore im weitern Sinn den beiden andern Arten als error in corpore im engeren Sinn entgegensetzen.

In den bisher besprochenen Fällen war der dissensus über das Object des Vertrags Grund der Nichtigkeit, der error in corpore bald im engern, bald im weitern Sinn Grund der scheinbaren Existenz des nichtigen Vertrags. Von dieser Reihe von Fällen ist eine andere zu scheiden, wo ebenfalls Nichtigkeit des Vertrags eintritt, wo ebenfalls der error in corpore bald im engern, bald im weitern Sinn das scheinbare Zustandekommen desselben hervorruft, wo aber der Grund der Nichtigkeit nicht dissensus über das Object des Vertrags ist, sondern der Grund darin liegt, weil das Object desselben gar nicht in rerum natura existirt. Es gehören hierher die beiden schon oben berührten Fälle:

1) wenn bei einem unter Hinweisung auf eine vorliegende Sache abgeschlossenen Vertrage, beide Theile jene Sache irrthümlich für einen andern und zwar beide für denselben Gegenstand halten, vorausgesetzt daß beide über den Gegenstand contrahiren wollen, für den sie jene Sache halten — eine Voraussetzung, deren wir hier zum Ueberfluß gedenken, um damit die nochmalige Bemerkung zu verbinden, daß wir nur da von einem Irrthum reden, wo sich die Absicht damit verbindet, über den Gegenstand, für den das vorliegende Object gehalten wird, zu contrahiren. Im entgegengesetzten Fall existirt der Irrthum, als juristisch irrelevant, für die juristische Betrachtung nicht.

Wenn ein Vertrag mit Beziehung auf eine vorliegende Sache geschlossen ist, und ein Theil dieselbe irrthümlich für einen andern Gegenstand hält, wie es der Wirklichkeit entspricht — wohl bemerkt, von Irrthum reden wir nur, wo sich die Absicht damit verbindet, über den irrthümlich angenommenen Gegenstand zu contrahiren — so liegt ein dissensus über das Object des Vertrags vor nach unserer obigen Entwickelung, ebenso wenn beide in einem derartigen Irrthum sind, aber ihre Ansicht nicht zusammen trifft. Im erstern Fall ist der Vertragswille des Einen auf die vorliegende Sache gerichtet, des Andern auf einen andern Gegenstand. Wir fragen, auf welchen? Auf einen Gegenstand, der gar nicht existirt. Wenn ich mit dem Titius einen Kaufcontract abschließe über das vorliegende Buch — Puchtas Pandekten, — der Titius aber im Glauben stand, es sei Eichhorns Privatrecht, so existirt das Object, über welches Titius contrahiren wollte, nicht. Seine Absicht ging nicht dahin, über Eichhorn in genere zu contrahiren, auch nicht über mein Exemplar, sondern über das vorliegende Buch, sofern dieses Eichhorns Privatrecht ist. Gleichwohl ist hier der Vertrag nicht aus dem Grunde nichtig, weil das Object nicht existirt, weil dieser Grund nur da eintreten kann, wo wirklich der Vertragswille zweier auf Einen Gegenstand sich richtet. Hier ist der Grund der Nichtigkeit der dissensus im Object. Im zweiten Fall existirt nach der oben gegebenen Entwickelung weder das Object, woran der Eine, noch das, woran der Andere denkt. Trotz dem kann man auch hier nicht davon reden, daß das Object des Vertrags nicht existirt, weil eben beide Theile sich noch nicht über Ein Object vereinigt haben. Anders in unserem Fall. Hier herrscht der vollkommenste consensus, aber consensus über ein Object, welches nach der vorherigen Darlegung nicht existirt. Der Grund der Nichtigkeit ist hier also die Nichtexistenz des Objects, der Grund für die scheinbare Existenz des Vertrags derselbe, wie in jenen beiden Fällen, der error in corpore im engern Sinne.

2) Es gehört weiter hierher der Fall, wenn beide Theile über das Object des Vertrags einig sind, beide aber demselben irrigerweise eine Eigenschaft von der angegebenen

Bedeutung für die Ansicht des Verkehrs, und zwar beide dieselbe Eigenschaft beilegen.

Nach unserer bisherigen Entwickelung bedarf es keines weitern Beweises, daß auch hier der Vertrag wegen Nichtexistenz des Objects nichtig, und sein scheinbares Zustandekommen nur durch den error in corpore im weitern Sinn möglich gemacht ist.

Wir lassen jetzt die Fälle, in denen ein error in corpore im engern Sinn Statt findet, fallen, und wenden uns zur ausschließlichen Betrachtung derer, in denen ein error in corpore im weitern Sinn Platz greift, bei denen nach dem früher Bemerkten Nichtigkeit des Vertrags Platz greift, entweder weil es an der Uebereinstimmung über das Object des Vertrags mangelt, oder weil dasselbe gar nicht existirt. Hier bleibt uns nach unserer bisherigen Darstellung nur noch eine doppelte Aufgabe, einmal aus den Quellen zu erweisen, was wir oben voraussetzten: nach gesetzlicher Vorschrift wird in Dubio nur dann angenommen, daß jemand über ein Object mit Berücksichtigung der irrig beigelegten Eigenschaft hat contrahiren wollen, wenn dieselbe von der Bedeutung ist, daß das Object je nach dem Dasein oder Fehlen derselben im Verkehr als Gegenstand einer ganz andern Art erscheint. Sodann haben wir hier noch auf die Modificationen durch Privatwillkür einzugehn. Zu der letztern Aufgabe wenden wir uns zuerst, indem wir das Erstere vorläufig als bewiesen annehmen.

Daß diese Modificationen durch den einseitigen Willen eintreten können, wird einleuchten, wenn wir uns über den Sinn der Worte: „Modificationen können hier durch Privatwillkür eintreten“, verständigen. Die gesetzliche Bestimmung lautet so: In Dubio wird angenommen, daß der hinsichtlich einer Eigenschaft Irrende über das Object mit Rücksicht auf diese Eigenschaft contrahiren wollte, wenn die Eigenschaft von jener Bedeutung ist; ist dies nicht der Fall, so hat er im Zweifel über das Object schlechthin d. h. ohne Berücksichtigung jener Eigenschaft contrahiren wollen. Wenn es nun heißt, Modificationen können durch Privatwillkür eintreten, so ist offenbar der Sinn nur, ein jeder Contrahent kann einerseits seinen Vertragswillen auf ein Object richten mit Berücksichtigung einer Eigenschaft,

der nicht jene Bedeutung zukommt, dergestalt daß sein Wille dann nicht auf jenes Object gerichtet ist, wenn diese Eigenschaft fehlt, andrerseits aber kann er auch seinen Vertragswillen auf ein Object richten ohne Rücksicht auf eine demselben irrig beigemessene Eigenschaft, falls diese Eigenschaft auch von jener Bedeutung ist; nur muß sein Wille in dem einen, wie dem andern Fall deutlich genug erklärt sein, wenn er Berücksichtigung finden soll. Wenn wir die Eigenschaften, mit deren Berücksichtigung in einen concreten Fall über ein Object contrahirt ist, als *wesentlich* bezeichnen, so können wir sagen: wesentlich sind in Dubio nur die Eigenschaften, welche die Ansicht des Verkehrs in der angegebenen Weise bestimmen; allein der Wille des einen wie des andern Contrahenten kann sowohl eine an sich unwesentliche Eigenschaft zu einer wesentlichen erheben, als eine an sich wesentliche zu einer unwesentlichen machen. Ein Beispiel der erstern Art wäre etwa folgendes: Der Titius bietet mir einen Schreibtisch zum Kauf an für 10 Rthlr. Auf meine Frage, ob derselbe mit Mahagoniholz ausgelegt sei, antwortet derselbe, so viel er wisse, ja, ein Versprechen darüber wolle er nicht geben — um den Fall so zu stellen, daß ein Kaufcontract mit einem dictum promissum nicht vorliegt. Jetzt acceptire ich die Offerte mit dem Zusatz, der Tisch muß aber mit Mahagoniholz ausgelegt sein. Es zeigt sich später, daß dem nicht so war. Wie ist dieser Fall juristisch zu beurtheilen? Ich glaube so: An sich, d. h. ohne Modification durch Privatwillkür, ist die Holzart des Tisches eine unwesentliche Eigenschaft, d. h. in Dubio wird nicht angenommen, daß ein Vertrag über einen Tisch mit Berücksichtigung der Holzart geschlossen ist. Hier aber macht jene Erklärung von meiner Seite die Holzart zu einer wesentlichen Eigenschaft, oder mit andern Worten, ich erkläre über den Tisch nur sofern einen Vertrag eingehen zu wollen, als er von Mahagoniholz sei. Ist dann die Wirklichkeit anders, so ist mein Vertragswille auf jenen Schreibtisch gar nicht gerichtet; da nun der Vertragswille des Titius auf jenen Tisch geht, so liegt dissensus über das Object vor. Würde in diesem Fall auch der Titius seine Absicht erklärt haben, über den Tisch nur sofern einen Vertrag eingehn zu wollen,

als er von Mahagoniholz wäre, so würde consensus über das Object herrschen, aber dies solle in rerum natura nicht existiren [13]. In beiden Fällen würde der Schein eines Vertrags durch einen error in corpore im weitern Sinn hervorgerufen sein. Beispiele der zweiten Art ergeben sich von selbst [14].

Indem ich mich jetzt zum Beweis der obigen Behauptung aus den Quellen wende, kann ich mich hier ganz an die Savignysche Entwickelung anlehnen. Ein Kauf über Hausgeräthe von Bronze, welches der Käufer für Gold hält, ist nach den Zeugnissen der Quellen nichtig, desgleichen über einen männlichen Sclaven, wenn bei dem einen Contrahenten ein Irrthum über das Geschlecht obwaltete [15]. Welche Eigenschaften werden hierdurch als wesentliche (im oben dargelegten Sinn) bezeichnet? Man könnte nach dem ersten Beispiel glauben, Eigenschaften, welche einen entschiedenen Einfluß auf den Werth haben. Allein einerseits würde sich daraus nicht die Entscheidung des zweiten Falls erklären, da das Geschlecht des Sclaven an sich von keinem Einfluß auf den Werth desselben ist. Andererseits wird in andern Stellen behauptet, daß der Irrthum über die Güte des Weins, über die Holzart des Tisches — ob von Citronenholz oder anderm Holz — nicht als Irrthum über eine wesentliche Eigenschaft zu betrachten sei [16]; ja wir werden weiterhin sehen, wie durch die l. 34 pr. D. 18, 1 gradezu dieses in Abrede genommen wird. Es bleibt nichts Anderes übrig als zu sagen, wesentlich sind nur die Eigenschaften, welche nach der Ansicht des Verkehrs

---

13) Vgl. § 3, Text vor Note 52 und § 4, Anm. 3. — Mit einer unbedeutenden Modification der factischen Verhältnisse würde eine sogenannte conditio in praesens concepta vorliegen.

14) Ich schließe mit dem A einen Kaufcontract über irgend ein Hausgeräthe ab; die Rede kommt darauf, ob es von Silber sei, der Verkäufer weiß es nicht, ich halte es für Silber, erkläre aber, ob dasselbe von Silber sei oder nicht, sei mir gleich, die Sache habe für mich, abgesehn von dem Stoffe, einen Affectionswerth. Jenes Hausgeräth ist nun in Wirklichkeit nicht von Silber.

15) Vgl. Savigny a. a. O. S. 277 ff.

16) Vgl. l. 21, § 2, D. 19, 1 und dazu Savigny S. 286 ff.

die Gattung bestimmen, zu der ein Gegenstand gehört [17]). Und gewiß ist es im höchsten Grade natürlich, daß, so lange nicht der entgegengesetzte Wille klar vorliegt, nur die Eigenschaften für einen concreten Fall als wesentlich angenommen werden, welche für die Ansicht des Verkehrs über einen Gegenstand wesentlich sind. Ganz entschieden wird unsere Ansicht durch die l. 34 pr. l. 57 pr. und l. 58 bestätigt. Hier wird zwar nur gesagt, daß, wenn bei Einigkeit über die Hauptsache, rücksichtlich der Accession ein Irrthum obwalte, die Ungültigkeit oder Gültigkeit des Vertrags davon abhänge, ob die Hauptsache je nach dem Vorhandensein oder Fehlen der Accession als Gegenstand anderer Art im Verkehr erscheine, oder nicht (das letzte ist der Fall in dem Beispiel der l. 34, das erste in den Beispielen der l. 57 pr. und l. 58), daß der größere oder geringere Werth, den das Object des Vertrags durch die Accession bekomme, gar nicht in Betracht zu ziehn sei (l. 34 pr.), daß aber allerdings auch in den Fällen, wo die Hauptsache je nach dem Dasein oder Fehlen der Accession im Verkehr als Gegenstand ganz anderer Art erscheine (ein fundus, auf dem sich ein Wald befindet, und ein fundus ohne Wald), wo nach gesetzlicher Bestimmung bei einem Irrthum über die Accession Nichtigkeit des Vertrags eintrete (l. 57 pr.), sei es weil das Object des Vertrags nicht existirt (wie grade im Fall der l. 57), oder weil ein dissensus über dasselbe obwaltet, doch durch Privatwillkür ein Anderes festgesetzt werden könne (l. 58 — si contemplatione et cet.): offenbar aber ist der Fall, wo Einigkeit über die Hauptsache herrscht, hinsichtlich der Accession ein Irrthum obwaltet, dem andern so ähnlich, wo Einigkeit über das Object vorhanden ist, ein Irrthum dagegen über eine Eigenschaft Statt findet,

17) Daß dieses bei dem zweiten Beispiel vollkommen zutrifft, darüber vergleiche Savigny a. a. O.: „Die regelmäßige Benutzung des Sclaven“, heißt es dort, „bestand in Dienst und Arbeit, und da die männlichen Sclaven auch außer dem Hause zu Feldarbeit, in Fabriken und als Handwerker benutzt zu werden pflegten, die Sclavinnen vorzugsweise im Hausdienste und zu weiblichen Arbeiten, so galten beide Geschlechter für Waaren verschiedener Art.“

daß wir von der Entscheidung des einen auch eine Norm für die Beurtheilung des andern entnehmen können. — Daß aber wirklich jene Stellen den besagten Inhalt haben, können wir hier nicht weiter erweisen, nnd müssen eine genauere Erörterung derselben der Abhandlung über die juristische Bedeutung des Irrthums vorbehalten.

Wir sind jetzt auf den Standpunkt versetzt, von dem aus wir unsere Frage beantworten können: ist das Rechtsgeschäft, welches eine Berechtigung und Verpflichtung zur Cession einer bestimmten Forderung begründet, nichtig, wenn der Cessionar über die Exigibilität derselben im Irrthum war? — Der gewonnene Grundsatz lautet, um ihn noch einmal zu wiederholen: bei einem Irrthum über eine wesentliche Eigenschaft (error in corpore im weitern Sinn) ist der Vertrag nichtig, entweder weil dissensus über das Object obwaltet, oder es gar nicht existirt; eine wesentliche Eigenschaft ist aber, abgesehn von Modificationen durch Privatwillkür, nur eine solche, welche für die Ansicht des Verkehrs in der dargelegten Weise bedingend ist. Vorausgesetzt, daß die Exigibilität einer Forderung die Ansicht des Verkehrs in jener Weise bedingt, dergestalt, daß eine exigible Forderung als ein Gegenstand ganz anderer Art erscheint, wie eine nicht exigible, würde ein solches Rechtsgeschäft nichtig sein, und zwar e n t w e d e r weil das Object desselben nicht existirte, wenn Cedent wie Cessionar die Forderung für exigibel gehalten hätten, o d e r wegen eines dissensus über den Gegenstand des Vertrags, wenn der Cedent die Inexigibilität kannte und die gleiche Kenntniß bei seinem Contrahenten voraussetzen konnte, — im entgegengesetzten Fall wäre er in dolo gewesen, wovon wir hier absehn (vergl. Anm. 1). Aber gerade jene Voraussetzung müssen wir entschieden als eine irrige bezeichnen. Ich frage einen Jeden, dem hierüber ein Urtheil zu kommen kann: gilt eine exigible Forderung wirklich als Gegenstand ganz anderer Art im Verkehr, wie eine nicht exigible, wie dieses vielleicht nach h e u t i g e r Anschauung in den Ländern des neusten Hypothekensystems der Fall ist mit Forderungen, die mit einem Pfandrecht an Immobilien versehn sind, und Forderungen ohne solche Hypothek, mit Wechselforderungen und andern Forderungen, obschon auch

dieses zweifelhaft sein kann? Gewiß wird dieses Niemand behaupten. Es wäre auch wahrlich nicht die Grenze abzusehn, welche Forderungen zu der einen, welche zu der andern Gattung gehören sollten.

Wer aber behaupten wollte, in allen Fällen, wo ein oneroses Rechtsgeschäft abgeschlossen werde, welches eine Berechtigung und Verpflichtung zur Cession einer bestimmten Forderung begründe, sei die Exigibilität der Forderung zu einer wesentlichen Eigenschaft erhoben, den würde ich zunächst fragen, ob er die Behauptung durch eine gesetzliche Präsumtion begründe oder nicht. Wenn nicht, so sei zwar die Möglichkeit vollkommen zuzugeben, daß dieses in manchen Fällen geschehen könne, — in diesen Fällen aber trete eine Modification der Haftung durch Privatwillkür ein, von der wir oben (§ 4) gesprochen haben, die wir hier aber, wo es sich um die gesetzliche Verpflichtung handelt, nicht zu berücksichtigen haben [18]) — aber gegen die Behauptung, daß in allen solchen Fällen die Exigibilität durch Privatwillkür zu einer wesentlichen Eigenschaft gestempelt sei, lasse sich nichts erwidern, als daß dieselbe völlig in der Luft schwebe. Will man diese Behauptung durch eine gesetzliche Präsumtion stützen, so mag man versuchen, ob eine solche herauszufinden sein wird. Ohne alle Frage ist dieses nicht der Fall — es wäre überflüssig, dagegen auf die früher beigebrachten Stellen zu verweisen, daß der Verkäufer einer Forderung für die factische Exigibilität nicht haftet — und will man geltend machen, daß doch in dem einen Fall der cessio in solutum gesetzlich die Präsumtion eintritt, daß die Exigibilität von den Parteien zu einer wesentlichen Eigenschaft erhoben sei, so stützt sich diese Behauptung auf eine bestimmte Stelle des Rechts, und beruht auf besondern Gründen, wie oben [19]) gezeigt ist, von deren Zutreffen hier nicht die Rede ist.

Damit wäre unsere Aufgabe erledigt; das Resultat ist: das Rechtsgeschäft, welches eine Berechtigung und Verpflichtung zur Cession einer bestimmten Forderung begründet, ist voll-

18) Vgl. oben § 4 Anm. 3.

19) Vgl. oben § 3, Text vor Anm. 52.

kommen gültig, wenn auch der eine Theil oder beide in einem Irrthum über die Exigibilität jener Forderung begriffen sind. Anders würde freilich die Entscheidung ausfallen, wenn Christiansen Recht hätte, der an die Stelle der Savignyschen Unterscheidung zwischen Eigenschaften, welche auf die Ansicht des Verkehrs in der ausgeführten Weise bestimmend sind, und Eigenschaften, denen nicht diese Bedeutung zukommt, die Unterscheidung setzt zwischen Eigenschaften, „welche nach allgemeiner Ansicht die practische Bedeutung des Objects in hohem Grade bedingen [20]), und solchen, von denen dieses nicht gelten kann", und demgemäß bei einem Irrthum über jene Eigenschaften das Zustandegekommensein eines Vertrags läugnet. Mit welchem Recht, frage ich, setzt Christiansen an die Stelle der Savigny'schen Unterscheidung diese andere? Jene ist auf die vollkommenste Weise durch die Quellen bestätigt, und in der Natur der Sachen begründet, dieser stehen sogar — ganz abgesehn davon, daß sie auch practisch sich wenig empfiehlt, — die bestimmtesten Aussprüche der römischen Juristen entgegen. Denn gewiß bedingen die Eigenschaften „nach allgemeiner Ansicht die practische Bedeutung eines Objects im höchsten Grade", welche auf den Werth einer Sache von größtem Einfluß sind; aber eine Eigenschaft mag den Werth der Sache noch so sehr erhöhen, — sie ist darum nicht als eine wesentliche Eigenschaft in der entwickelten Bedeutung anzusehn.

---

20) In seiner Schrift über die naturalis obligatio und condictio indebiti. Kiel 1844, S. 59 ff.

Zweite Beilage.

Die Anwendbarkeit des ädilicischen Edicts auf den Kauf- und Tauschcontract über Forderungen.

Wir haben in § 3 gesehen, daß, wenn die Cession Erfüllung eines onerosen Rechtsgeschäfts ist, welches eine Berechtigung und Verpflichtung zur Cession einer in specie bestimmten Forderung begründete, der Cedent für die juristische Güte der cedirten Forderung haften muß. Nicht auch für die factische. Die Frage ist, ob nicht vielleicht eine Haftung für die letztere, falls ein Kauf- oder Tauschcontract unterliegt, durch die Bestimmung des ädilicischen Edicts begründet zu werden vermag.

Eine genügende Antwort wird sich nur in der Weise geben lassen, daß wir die geschichtliche Ausbildung des ädilicischen Edicts scharf ins Auge fassen [1]).

Bei einem Vertrage, durch den sich Jemand zur Leistung eines genus verpflichtete, verstand es sich von selbst, daß der Verpflichtete sich nur durch das Hingeben einer juristisch wie factisch fehlerlosen Sache liberiren konnte [2]). Die Leistung einer andern Sache wäre nicht in dem genus begriffen gewesen, was in obligatione war, wäre mithin ein aliud gewesen.

Anders da, wo die Obligatio auf Leistung einer species ging. Hier war der nächste Inhalt mit der Leistung erfüllt, mochte auch die Sache juristisch oder factisch mangelhaft sein.

Der erste Sieg der aequitas über das strictum jus war, daß der Verkäufer für die juristische Güte der Sache ein-

---

1) Es versteht sich von selbst, daß ich nicht eine erschöpfende Darstellung der ädilicischen Klagen beabsichtigen kann. Ich gehe nur so weit auf dieselben ein, als dies für meinen Zweck nothwendig ist.

2) Ueber eine Beschränkung, die sich von selbst versteht, wenn nämlich das ganze genus schlecht ist, vgl. § 3.

zustehn verpflichtet wurde [3]). Was beim Kaufcontract ausgebildet war, wurde später auf jedes onerose Geschäft übertragen, welches eine Verbindlichkeit zur Uebertragung oder Bestellung eines Rechts begründete. — Nicht allein dann, wenn das Object der Leistung eine res corporalis, auch wenn dasselbe eine Forderung war.

Langsamer ging die Entwickelung einer Haftung für die factischen Mängeln. Die 12 Tafeln verpflichteten den Verkäufer, für dieselbe dann zu haften, wenn er Fehlerfreiheit versprochen hatte. Bei der weitern Entwickelung des Rechts mußte sich auch eine Haftung wegen der gewußten, aber verschwiegenen Fehler herausbilden, — war doch der Verkäufer in dolo, wenn er die ihm bekannten Fehler nicht anzeigte [4]). Diese Bestimmungen gewannen bald bei allen onerosen Rechtsgeschäften Anerkennung, welche Jemand zur Leistung einer in specie bestimmten Sache (res corporalis) verpflichteten. Wie aber, wenn dem Verkäufer selbst die Mängel der Sache, welche das Object des Kaufcontracts ist, nicht bekannt waren?

Hier trat das Edict der Aedilen aushelfend ein. Es verpflichtete den Verkäufer auch zur Haftung für die Fehler, welche ihm selbst unbekannt waren, vorausgesetzt daß sie auf den Werth der Sache von Einfluß sind; weiter, daß sie nicht ganz ersichtlich sind. Das Edict sprach im Eingang nur von Sclaven, Zug- und Lastthieren, am Schluß heißt es: quae de jumentorum sanitate diximus, de cetero quoque pecore omni venditores faciunto [5]). — Nur diese Bestimmung des Edicts ist neu und von Bedeutung für die Rechtsentwickelung.

---

3) Die nähere Limitation siehe § 3, Text zwischen Note 79 und 80. — Ueberhaupt verweise ich hinsichtlich dieser Entwickelung auf die betreffenden Stellen des § 3.

4) Cicero de off. III, 16. — Vgl. H. Keller in Sells Jahrbüchern. Bd. 3, S. 95 ff.

5) L. 38, D. 21, 1. — Die Ausschließung der vitia animi, mit Ausnahme einiger speciell genannten, übergehe ich hier, als für unsern Zweck (wie überhaupt für das heutige Recht, da nur bei Sclaven von vitiis animi die Rede ist) ohne Bedeutung.

Die Sache der Interpretation war es jetzt, den zufälligen, unwesentlichen Inhalt auszuscheiden.

Zunächst wurde die Beschränkung auf Sclaven und Thiere aufgegeben. Auch hierin ging Labeo voran. Labeo scribit, sagt Ulpian [6], edictum aedilicium curulium de venditionibus rerum esse, tam earum, quae soli sunt, quam earum, quae mobiles aut se moventes. Das war aber nicht die Weise, wie die Jurisprudenz im Großen und Ganzen verfuhr. Erst mußte die Anwendbarkeit des Edicts in einer Menge einzelner Fälle entschieden sein [7], ehe die Ansicht Labeos wirklich als Resultat der voraufgegangenen Entwickelung dastehn konnte [8]. Auch noch in einer andern Hinsicht greift die Interpretation der Juristen erweiternd ein. Das Edict hatte nur vom Kaufcontract gesprochen; die Jurisprudenz dehnte die Bestimmung des Edicts auf den Tauschcontract aus; in Gemäßheit des Satzes: in permutationibus utrumque emtoris et venditoris loco haberi bestimmte sie: utrumque posse ex hoc edicto experiri [9]. Auf andere Verträge sind die Bestimmungen des Edicts nicht angewandt [10].

Parallel mit jener Weiterentwicklung geht eine andere, jene ging nach außen, diese nach innen.

In der Natur des Kaufcontracts war nach der Anschauung der Juristen vor dem Edict eine Haftung des Verkäufers für die factische Güte des Kaufobjects nicht begründet. Es bedurfte einer positiven Bestimmung, um den Verkäufer wegen der factischen Mängel zur Verantwortung ziehen zu können. Der Umstand, daß das practische Bedürfniß eine solche positive Bestimmung verlangte, mußte auf die Erwägung führen, ob nicht

---

6) L. 1, pr. D. 21, 1.

7) L. 6, § 4 D. 19, 1 (vas non integrum — über diese Stelle nachher.) — L. 13 ibid. (tignum vitiosum). — L. 49, D. 21, 1. — Vgl. auch l. 4, C. 4, 58 (fundus pestilens).

8) Vgl. die angeführte Stelle l. 1, pr. D. 21, 1 und l. 63 sciendum est, ad venditiones solas hoc edictum pertinere, non tantum mancipiorum, verum ceterarum quoque rerum.

9) L. 19 § 5, D. 21, 1.

10) Vgl. die Anm. 8 mitgetheilte l. 63.

in der Natur des Kaufcontracts selbst eine solche Haftung begründet sein möchte.

Die Jurisprudenz hat diesen Schritt gethan, wie sich dieses erwarten ließ. Dadurch, daß sie die Möglichkeit gewährte, die Contractsklage auch in den Fällen anzustellen, wo früher nur durch das Edict der Aedilen ein Anspruch gegeben war [11]),

11) Nämlich in dem Fall, wo Jemand ohne dictum promissum und ohne den Fehler zu kennen, eine Sache verkauft hatte. Die einzige Stelle, welche dieses schlagend beweiset, unter den vielen, die dafür von Unterholzner, Keller, Vangerow, Sintenis u. A. an den betreffenden Orten angeführt worden, ist die l. 13, pr. D. 19, 1: "Julian", sagt Ulpian, "macht einen Unterschied zwischen dem, qui sciens quid aut ignorans vendidit, in condemnatione ex emto, so fern derjenige, welcher ignorans pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, zur Leistung dessen mit der ex emto actio angehalten werden kann, (id tantum ex emto actione praestaturum) quanto minoris essem emturus, si id ita esse scissem, dagegen, der wissend die Fehler verschwieg, das volle Interesse ersetzen müsse. Es folgt ganz offenbar, daß auch die Contractsklage, die emti actio da gegeben wurde, wo das Object des Kaufcontracts factische Mängel hatte, ohne daß ein dolus oder ein dictum prommissum vorlag; also gerade in dem Fall, der früher allein dem ädilicischen Edict zugewiesen war. Dreierlei ist möglich gegen unsere Folgerung zu erwidern. Zunächst: die actio ex emto bezeichne hier nicht technisch die Contractsklage, sondern nur eine Klage, die in Veranlassung eines Kaufscontracts gegeben werden könne, wir würden also dadurch nicht genöthigt, an eine andere Klage zu denken, als eben die aus dem Edict. Wer dieses sagen wollte, der könnte freilich durch keine Stelle überzeugt werden. Dasselbe ist offenbar auch möglich zu behaupten, wenn statt actio ex emto actio emti stände. Jedem Unbefangenen ist es klar, daß die actio ex emto die Kaufcontractsklage ist. Weiter kann man sagen, es müsse hier ein Fall gedacht werden, wo der Verkäufer die Fehlerlosigkeit versichert habe, wo also ein dictum promissum vorliege. Ich frage nicht, wodurch eine Berechtigung gegeben ist zu dieser Supposition, denn der Beweis, daß diese Aushülfe nicht möglich ist, liegt klar in der Stelle vor. Einerseits darin, daß als Gegensatz hingestellt wird „si quidem ignorans fecit" (nämlich vendidit) und „si vero sciens reticuit." Andrerseits geht dieses aber ganz ersichtlich aus dem Anspruch hervor, der gegen den venditor ignorans gegeben wird. Der Käufer soll nicht sein volles Interesse verlangen können, sondern nur id, quanto minoris esset emturus. Ist diese Entscheidung denkbar für den Fall, daß ein dictum promissum vorlag? Endlich könnte man sagen: die Entscheidung sei nur für den Fall eines Kaufcontracts über pecora morbosa und tigna vitiosa ge-

erkannte sie die Haftung des Verkäufers für die Mängel des Kaufobjects als in der Natur des Kaufcontracts begründet an. Wenn wir sehen, daß dieses von denselben Juristen ausgeht, welche in der Ausdehnung der Bestimmungen des Edicts auf alle res corporales vorangingen (Labeo, Julian, Ulpian, vgl. l. 1. pr. D. 21, 1), so werden wir den innern Zusammenhang nicht verkennen können: grade weil die Haftung für die factische Güte als in der Natur des Kaufcontracts liegend anerkannt wurde, mußte jene Ausdehnung auf alle Sachen erfolgen, die Gegenstand des Kaufcontracts waren.

Hiermit mußte eine weitere Veränderung Hand in Hand gehen. War die Haftung des Verkäufers für die factische Güte der Sache als in der Natur des Kaufcontracts liegend anerkannt, indem selbst in dem Fall, wo der Verkäufer die Fehler nicht gekannt, die Contractsklage gegeben ward, — war also ausgesprochen, zur gehörigen Erfüllung des Kaufcontracts gehöre auch die Gewährleistung für die factischen eben so gut wie die Gewährleistung für die juristischen Mängel des Kauf-

geben und nicht weiter auszudehnen. Allein, welcher Grund, frage ich, kann hier für eine solche Beschränkung angeführt werden? zumal da die Stelle **offenbar** nur hiervon als von Beispielen redet (man vergleiche die ersten Worte „inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit" et cet.). Anders steht es allerdings mit der l. 6, § 4 ibid., wo Labeo auch dem Käufer eines vas non integrum einen Anspruch ex emto giebt, wenn der Verkäufer die schlechte Beschaffenheit nicht gekannt. Denn hier könnte man mit Grund sagen: ein Gefäß, welches nicht heil ist, ist kein Gefäß (was man z. B. nicht von einem Pferde sagen kann, das lahm ist, oder einen andern Fehler hat); wenn der Verkäufer also eine bestimmte Sache, die wie ein Gefäß aussieht, aber non integrum est, als Gefäß verkauft, so liegt stillschweigend ein dictum promissum vor, daß es heil sein werde. Gleichwohl glaube ich nicht, daß der Jurist aus diesem Gesichtspunkt die Contractsklage giebt. Halten wir nämlich diese Stelle mit der l. 13 zusammen, so erscheint die Annahme gewiß natürlicher, daß Labeo der Meinung ist, ein Anspruch, der früher nur durch das Edict der Aedilen gegeben war, könne auch mit der emti actio verfolgt werden. Beweisen kann diese Stelle unsere Behauptung allein nicht, aber das durch eine andere Stelle Bewiesene zu unterstützen, ist sie im Stande, wie auch andere Stellen, z. B. l. 1, § 10, D. 21, 1. — L. 4 pr. D. ibid.; nur nicht l. 45, D. 18, 1, über welche Stelle Savigny Th. 3, S. 285 f. Anm. S. 295 f.

objects: so mußte auch nothwendig die Beurtheilung des Falls sich ändern, wo dem Käufer die Fehler bekannt waren, insbesondere wo sie ganz klar vorlagen. Von dem Standpunkt des ädilicischen Edicts aus war in dem letzteren Fall eine Klage ipso jure nicht zustehend. Mag auch das Edict selbst diese Beschränkung nicht enthalten haben [12], die Interpretation der Juristen machte gleich den Zusatz "ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum aedilicium, probandum est, quae quis ignoravit, vel ignorare potuit [13]). Anders, als der starre positive Character sich verlor, als der nicht gehörig erfüllte Kauf als Grund der Haftung aufgefaßt wurde. Hat der Verkäufer, weil er verkauft hat, für die factische Güte zu haften, so kann er eine Klage des Käufers auch wegen Fehler, die ganz offenbar waren, nur auf dem Wege einer Exceptio im römischen Sinn entkräften: Du handelst dolose, indem Du mich wegen Fehler in Anspruch nimmst, die Dir selbst als offenbar bekannt waren oder doch bekannt sein mußten [14]).

Gleichwohl muß man sagen, die Haftung des Verkäufers für die factischen Mängel hat den positiven Charakter von ihrem Ursprung her nicht ganz verloren. In den Fällen, wo früher nur durch das ädilicische Edict eine Klage begründet war, geht auch später, wo die Haftung für die factische Güte in die Natur des Kaufcontracts hineingelegt war, der Anspruch niemals auf das ganze Interesse, sondern nur auf Minderung des Kaufpreises oder Redhibition, und eben so gelten für die Contractsklagen in diesem Falle dieselben Verjährungsfristen wie für die beiden aus dem ädilicischen Edict originirenden

---

12) In der Gestalt und dem Umfang, wie es auf uns überkommen ist, enthält es diese Beschränkung allerdings nicht.

13) L. 14. §. 10. in fine D. 21. 1.

14) Argumento L. 48. §. 4. D. 21. 1. — Ein genaueres Eingehen, namentlich auf die interessanten Fragen über die Beweislast, die hier vorkommen, gehört nicht hierher. — Aus der ganzen Entwickelung erhellt, daß ich die Ansicht von Savigny nicht theile (Th. 3. S. 358 f.), auf welche genauer einzugehn, leider die Zeit nicht erlaubt.

Klagen[15]. Auch in Betreff der Gegenstände des Kaufcontracts ist wenigstens eine Beschränkung geblieben.

Diese Beschränkung — um jetzt bestimmt auf die uns gestellte Aufgabe einzugehn — bestand darin, daß die Klagen aus dem ädilicischen Edict nur beim Verkauf von res corporales gegeben wurden, in specie nicht bei einem Kaufcontract über Forderungen. Man könnte freilich meinen, daß, wenn Ulpian in der bereits angeführten l. 63[16] sage, das Edict der Aedilen finde nicht allein bei einem Kaufcontract über mancipia Anwendung, sondern auch die ceterae res, auch die Forderungen inbegriffen sein müßten, da sie doch ebenfalls unter den Begriff der res fallen. Allein wenn es mit dieser Folgerung, abgesehen von dem Gegensatz der ceterae res zu den mancipia, mißlich stehen würde, da nicht im Geringsten Data darauf hinführen, daß der Ausdruck res hier auch die res incorporales umfassen soll, so geht dieses vollends nicht an, eben wegen jenes Gegensatzes. Noch bestimmter geht dieses aus l. 1. pr. hervor. Labeo, heißt es hier, ist der Ansicht, edictum aedilicium curulium de venditionibus rerum esse tam earum, quae soli sint, quam earum, quae mobiles aut se moventes. An Forderungen hat Labeo danach so wenig gedacht, wie Ulpian! Wie könnte wohl Angesichts dieser Stellen, weiter bei der großen Schüchternheit der römischen Juristen in der Ausdehnung des Edicts auf andere Fälle, als die in demselben genannten, so daß der Satz, den Labeo freilich schon ausgesprochen, doch erst nach langem Verlauf, als das Resultat der Entwickelung dastand, endlich bei der Ungunst des römischen Rechts gegen den Verkehr mit Forderungen, die Anwendbarkeit des ädilicischen Edicts auf den Kaufcontract über Forderungen vertheidigt werden! Es kommt noch hinzu, daß in der schon in §. 3 besprochenen Stelle, der l. 4 und 5 D. 18. 4:, bestimmt ausgesprochen wird, der Verkäufer eines in specie bestimmten nomen hafte nicht für die factische Güte — eine Behauptung, die unmöglich so schlechthin aufgestellt werden konnte, wenn das Edict

15) Vgl. Vangerow S. 302 f., besonders S. 308.
16) Vgl. Anm. 8.

der Aedilen auch beim Kaufcontract über Forderungen zur Anwendung gekommen wäre.

Eine andere Frage ist, ob wir nicht im heutigen Rechtsleben berechtigt sind, diesen Schritt zu thun. Das römische Recht ist in der Entwickelung gar mancher Rechtsinstitute auf halbem Wege stehn geblieben; wo nun die Entwickelung in der römischen Welt abreißt, da den Faden aufzunehmen und ihn weiter zu führen, ist die Aufgabe der heutigen Rechtswissenschaft. Von dem Augenblick an, wo auf Veranlassung des ädilicischen Edicts der Jurisprudenz zum Bewußtsein kam, daß eine Haftung des Verkäufers für die factische Güte des Kaufobjects in der Natur des Kaufcontracts selbst begründet sei, — da mußte die starre positive Natur der ädilicischen Klagen consequent aufgegeben werden. Theilweise ist dieses geschehen: das Edict wurde auf alle res corporales ausgedehnt. Nicht auf Forderungen. Müssen wir nicht sagen, daß bei consequenter Fortentwickelung auch dieses nothwendig ist?

Ja man könnte versucht sein zu sagen: Einer Weiterbildung bedarf es gar nicht, um heute auch Forderungen als Gegenstände zu behandeln, die vom ädilicischen Edict getroffen werden. Im römischen Recht finden die Klagen aus dem ädilicischen Edict beim Kauf- und Tauschcontracte über Forderungen deshalb keine Anwendung, weil das ädilicische Edict sich nur auf die Sachen bezog, welche Gegenstand des Verkehrs waren, Obligationen aber im römischen Rechtsleben nur in sehr beschränkter Weise dahin zu rechnen sind. Die factischen Verhältnisse haben sich geändert; heute sind Forderungen, Waaren ebenbürtig allen übrigen. Es zeigt sich dieses am Deutlichsten darin, daß die Lex Anastasiana dem heutigen Rechtsbewußtsein wenig entspricht, und daher nicht allein gemeinrechtlich beim Handel mit Papieren au porteur nicht zur Anwendung kommt, sondern in vielen Particularrechten ganz abgeschafft ist, — Beweis genug, daß im heutigen Rechtsleben Forderungen in vollkommenerer Weise als Gegenstände des Verkehrs angesehn werden. Wenn demnach im römischen Recht das ädilicische Edict keine Anwendung leidet auf Kauf- und Tauschcontracte über Forderungen, so beruht

dieses auf factischen Verhältnissen, die sich heute verändert haben. Da von demselben nach römischem Recht bei allen Objecten, die Gegenstand des Verkehrs sind, Gebrauch gemacht wurde, so muß es auch bei Forderungen heutzutage bei den veränderten factischen Verhältnissen in Anwendung kommen.

Dessenungeachtet halte ich es für sehr bedenklich, den Satz aufzustellen: Heute finden die Bestimmungen des ädilicischen Edicts auch beim Kauf- und Tauschcontract über Forderungen Anwendung. So lange im Rechtsleben jener Schritt nicht geschehen ist, mag die Rechtstheorie nur auf die Nothwendigkeit desselben hinweisen.

Druck von Adlers Erben.

Druck von [illegible]

Cession

Zettler

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Schliemann, Adolph,

Die Haftung des Cedenten ein Beitrag zur Lehre von der Cession

Rostock 1848

J.rom.m. 460 k
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10567104-4